Die Geltendmachung der Aufrechnung in der Zwangsvollstreckungsinstanz, mit Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Richard Pietsch

Referendar.

ACAD. LEOB. BAT. WRSL.

Breslau 1908

Buchdruckerei Paul Förster, Breslau X, Matthiasstrasse 29.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meiner Mutter

in Dankbarkeit.

Meiner Mutter

in Dankbarkeit

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Geschichtlicher Teil.

§ 2. Römisches Recht
I. Zeit bis Mark Aurel 3
II. Spätere Entwickelung 6

§ 3. Gemeines Recht
I. Zeit bis 1654 10
II. Änderung in der Theorie durch den jüngsten Reichsabschied 11
III. Standpunkt der Praxis 12

§ 4. Preussisches Recht
I. Bis 1834 18
II. Spätere Zeit 20

§ 5. Spätere Gesetze und Entwürfe 22

II. Heutiges Recht.

A) Vorfrage:

§ 6. I. Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber dem Vollstreckungsanspruch an sich 25
II. Vollstreckungsgegenklage 30

B) Hauptfrage:

Die Geltendmachung der Aufrechnung in der Vollstreckungsgegenklage, bedingt durch:

§ 7. Das Wesen der Aufrechnungserklärung 32

§ 8. Die Aufrechnungsmöglichkeit, als massgebenden Zeitpunkt für die Entstehung des Grundes der Einwendung, nach:
I. dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung 38
II. Sinn und Zweck dieser Vorschrift 48
III. Analogie der Zahlung 50

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545318_0080

Literaturverzeichnis.

Abraham, Geltendmachung der Aufrechnung und anderer Eingriffsrechte in der Vollstreckungsinstanz, Dissertation Berlin 1902.

Appleton, Histoire de la compensation en droit romain 1895.

Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 3, 7, 23, 72.

Badische Rechtspraxis, 66. Jahrgang, 1900.

Bethmann-Hollweg, Handbuch des Zivilprozesses, 1. Bd., Bonn 1834.

Chyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, Wien 1902.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I., Jena 1903.

Danz, Grundsätze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Prozesses, 2. verbesserte Ausgabe, Stuttgart 1795.

Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neueren Recht, Heidelberg 1868.

— Lehrbuch des preussischen Privatrechts, 2. Bd., Halle 1878 und 5. Auflage Halle 1897.

— Pandekten, 2. Bd. 7. Auflage, Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 9. Auflage.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. I, Marburg 1908.

Entscheidungen des Obertribunals, Bd. 46.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R. G.), Bd. 7, 11, 12, 15, 38, 40, 55.

Falkmann, Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluss der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Berlin 1888.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 6. Aufl., München 1904.

Fischer, Recht und Rechtsschutz, 1889.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, Bd. I, Berlin, letzte Aufl.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. I und II, 8./9. Auflage, Tübingen 1906.

Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, 2. Teil, Greifswald 1827.

Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Zivilprozesses, Bd. II, Erlangen 1804.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 25, 42.
Hahn, Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung und dem Einführungsgesetze zu derselben, 1. Abteilung, Berlin 1881.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.
Hiersemenzel, Ergänzungen und Erläuterungen zum Allgemeinen Landrecht, Berlin 1854.
Hommel, Ueber materiellrechtliche Einwendungen gegen die Vollstreckung von Urteilen, Dissertation Würzburg 1902.
Ihering, Jahrbücher Bd. 32, 43.
Juristisches Literatur-Blatt 1898.
Juristische Wochenschritt (J.W.) 1894, 1895, 1897, 1898, 1901, 1902, 1904.
Keller, Der römische Zivilprozess und die Aktionen, Leipzig 1883.
Koch, Der preussische Zivilprozess, Berlin 1848.
Kohler, Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess, Berlin 1894.
Kretschmar Paul, Ueber die Entwickelung der Kompensation im römischen Rechte, Leipzig 1907.
Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 40.
Krug, Die Lehre von der Kompensation, Leipzig 1833.
Leonhard Franz, Die Aufrechnung, Göttingen 1896.
Leonhardt A., Ausgabe der bürgerlichen Prozessordnung, 3. Auflage, Hannover 1861.
Linde, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses, 7. Auflage, Bonn 1850.
Morstadt, Materialkritik zu Martins Lehrbuch, Heidelberg 1820.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Amtliche Ausgabe 1888, Bd. II.
Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1903, Bd. I.
Örtmann, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage, Berlin 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Bd. II, 3. Auflage, Berlin 1907.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. II, München 1891.
Posener Monatsschrift Band 3.
Puchta, Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Zivilprozesses, 9. Aufl., Leipzig 1881, besorgt von Krüger.
Sächsisches Archiv, Bd. 7 und 8.
Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Zivilprozesses 1. Teil, Kiel 1843.
Schmidt Richard, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Leipzig 1898.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, München 1900.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 39, 44.
— Kommentar zur Zivilprozessordnung Bd. II, 9 Aufl., München 1905.

Siber, Kompensation und Aufrechnung, Leipzig 1899.
Siebenhaar, Kommentar zur deutschen Zivilprozessordnung, Leipzig 1877.
Sintenis, Das praktische, gemeine Zivilrecht Bd. II, 3. Aufl., Leipzig 1868.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, Aufl.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz Bd. II. München 1901.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 45, 84.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 7. Aufl., Berlin 1900.
Sydow-Busch, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin 1905.
Voet, Pandektenkommentar von 1698.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozesses, Bd. I, Leipzig 1885.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. II, 1905.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878.
Wilmowski-Levy, Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich, 5. Aufl, Berlin 1889.
Zeitschrift für Zivilprozess, Bd. 20, 24, 26, 27, 29.
Zeitung der Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts Naumburg, 1903.

I. Teil.

Einleitung.

§ 1.

Der Umstand, dass sich zwei Forderungen als zur Aufrechnung geeignet gegenübertreten, bewirkt nach den Vorschriften unseres heutigen bürgerlichen Rechts nicht ohne weiteres, dass sie sich gegenseitig aufheben. Um diesen Erfolg herbeizuführen, bedarf es vielmehr eines besonderen Aktes, es ist gemäss § 388 und § 389 B. G. B. eine Erklärung des einen Teiles, des Gläubigers oder Schuldners, gegenüber dem anderen erforderlich. Hierbei ergeben sich zwei Möglichkeiten.

Der andere Teil kann sich einmal mit der ihm gegenüber abgegebenen Aufrechnungserklärung einverstanden erklären. In diesem Falle vollzieht sich die Aufhebung der gegenseitigen Forderungen durch Abschluss eines Aufrechnungsvertrages. Dabei erscheint es sowohl natürlich als billig, dass die Parteien durch keine Zeitgrenze gebunden sind, jederzeit auf Grund der beiderseitigen Vereinbarung eine Aufrechnung voll wirksam ins Leben treten zu lassen.

Aber auch ohne Zustimmung des anderen Teiles kann beispielsweise der Schuldner aufrechnen, sofern nur im einzelnen die besonderen Voraussetzungen der Aufrechnung vorliegen. In dem eigenen freien Belieben einer Partei steht es in diesem Falle, ob unter Benutzung der gebotenen Kompensationslage die beiderseitigen Forderungen zum Erlöschen gebracht werden sollen. Zwar ist auch in diesem Falle für die Abgabe der Aufrechnungserklärung prinzipiell[1]) keine Zeitschranke gesetzt; ist doch gemäss

[1]) § 357 B. G. B. macht hiervon eine Ausnahme.

§ 390 B. G. B. die Geltendmachung der Aufrechnung selbst bei Ablauf der Verjährungsfrist noch möglich. Auf Grund eingehenderer Untersuchung wird sich jedoch herausstellen, ob nicht doch diese scheinbar unbeschränkte Freiheit der Partei hinsichtlich der Geltendmachung der Aufrechnung sich als illusorisch erweist, indem die einseitige Parteidisposition mit gewissen Zeitmomenten ihr Ende erreicht. — Man denke sich z. B. die Rechtslage folgendermassen: A hat gegen B ein vor längerer Zeit ergangenes, bereits rechtskräftig gewordenes Urteil erstritten, in dem B zur Rückzahlung eines fällig gewesenen Darlehns verurteilt ist. Nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils erinnert sich B, dass er gegen A eine, sei es nun bereits vor Anstrengung des ganzen Prozesses fällig gewesene oder auch im Laufe desselben erst fällig gewordene, aufrechnungsfähige Kaufgeldforderung hat, die er während des Prozesses durch Aufrechnung geltend zu machen unterlassen hat, mag diese Versäumnis nun absichtlich, versehentlich oder aus Unkenntnis von dem Bestehen der Gegenforderung geschehen sein.

Es wird zu untersuchen sein, ob und inwieweit der Verfügungsmacht des einzelnen eine Grenze gezogen ist durch das gegenüberstehende Prinzip der Rechtskraft. Mit dem Ausspruche des Urteils soll in die bisher umstrittene Materie Klarheit gebracht, es soll etwas als zu Recht bestehend festgelegt werden, und mit der Rechtskraft des Urteils soll dem durch die Entscheidung geschaffenen Rechtszustande (§ 322 Z. P. O.) sein Bestehen und seine Unantastbarkeit für alle Zeit gesichert sein, abgesehen natürlich von den ausserordentlichen Rechtsmitteln.

Doch können gegen die Zwangsvollstreckung, die der Gläubiger auf Grund des rechtskräftigen Urteils als eines vollstreckbaren Titels (§ 704 Abs. 1 Z. P. O.) in das Vermögen des Schuldners betreibt, noch gewisse Einwendungen erhoben werden, so dass sich die weitere Frage ergibt, ob überhaupt und unter welchen Voraussetzungen in der Reihe der gegen ein vollstreckbares Urteil zulässigen Einwendungen noch Raum ist für eine nach dem Urteil vorge-

brachte Aufrechnungserklärung, insbesondere dann, wenn die Abgabe dieser Erklärung bereits im Laufe des Prozesses hätte erfolgen können, damals jedoch aus irgend einem Grunde unterlassen worden ist.

Bevor wir der Erörterung dieser Frage nach unserem heute geltenden Reichsrecht näher treten, soll ein ergänzender Rückblick auf die früheren Rechtsanschauungen gestattet sein.

A. Geschichtlicher Teil.

Römisches Recht.

§ 2.

I. Verfolgen wir die Entwicklungsgeschichte zurück bis in die Zeit des ältesten römischen Rechts, so stossen wir bei der Untersuchung der Möglichkeit einer nachträglichen Aufrechnung in der Vollstreckungsinstanz insofern auf keinerlei Schwierigkeiten, als das Resultat überhaupt absolut negativer Art ist. Denn den Römern war in der frühesten Zeit der Gedanke der Kompensation an sich, nicht nur in der Exekutionsinstanz, fremd.[1]) Es wäre einem jeden vollkommen unverständlich geblieben, wenn der etwa ex mutuo beklagte Schuldner deswegen die Zahlung hätte verweigern wollen, weil er „dasselbe" ex vendito zu fordern hatte. Nur durch den wirklichen Empfang der geschuldeten Summe fühlte sich der Gläubiger befriedigt, der Schuldner sich tatsächlich von seiner Schuld befreit. Man forderte eben eine sozusagen „augenscheinliche"[2]) Befriedigung.

Wann infolge eines allmählichen Aufschwungs des Verkehrslebens dem Bedürfnis, auch ohne beiderseitige reale Leistung wechselseitige Befriedigung durch Aufrechnung zu ermöglichen, überhaupt Genüge geleistet wurde, lässt sich mit Bestimmtheit nicht angeben. Jedenfalls aber geschah es zu der Zeit, als das Formular-

[1]) Dernburg, Komp. S. 15.

[2]) Dernburg, ebenda.

verfahren an die Stelle des Legisaktionenprozesses trat,[1]) der mit seinen strengen Formen für die aequitas compensationis keinen Raum gelassen hatte. Etwa von dem erwähnten Zeitpunkt an tritt eine Kompensation überhaupt erst in Erscheinung. Freilich ist ihr Anwendungsgebiet anfangs noch sehr beschränkt.

Jure civili ist sie[2]) zunächst nur bei den bonae fidei iudicia möglich, und zwar begreift hier das officium iudicis die Befugnis des Richters in sich, Forderungen ex eadem causa zur Aufrechnung zu bringen. Freilich brauchte andererseits der Richter bei diesen Forderungen die Kompensation nicht zu vollziehen; eine ausdrückliche dahingehende Vorschrift enthielt die Formel nicht, wenngleich die Kompensation als dem Geiste des bonae fidei iudiciums entsprechend galt. (Gaius IV, 61, 63.)

Im stricti juris iudicium werden von Gaius nur zwei besondere Kompensationsfälle erwähnt: es ist einmal der Fall des argentarius, der genötigt war, seinen Kunden gegenüber aus dem Kontokorrentverhältnis nur „cum compensatione“ zu klagen, und der des bonorum emtor, demgegenüber der Beklagte, wenn jener ihn aus einer Forderung des Konkursschuldners in Anspruch nahm, nur unter Abzug dessen zu verurteilen war, was dieser etwa seinerseits als Gläubiger des Konkursschuldners dagegen zu fordern hatte.

Ob ausser diesen von Gaius genannten Fällen schon vor Mark Aurel auch im stricti juris iudicium, ohne dass der Kläger ein argentarius oder bonorum emtor war, kompensiert werden konnte, was allerdings früher von der überwiegenden Mehrheit in der Literatur und jetzt wieder von Paul Kretschmar[3]) angenommen und nachzuweisen gesucht wird, während andererseits Appleton[4]) ganz entschieden den entgegengesetzten Standpunkt vertritt, dass nämlich in diesem Verfahren die beiden genannten Fälle

---

[1]) Dernburg, a. a. O. S. 19.
Krug, a. a. O. S. 34.

[2]) Chyhlarz a. a. O. S. 245.

[3]) Vgl. a. a. O. S. 11 ff.

[4]) In seiner Histoire de la compensation en droit romain 1895.

die einzig möglichen gewesen seien,[1]) ist für uns aus dem Grunde ziemlich bedeutungslos, weil wir es, selbst wenn an der Richtigkeit der ersten Ansicht keine Zweifel bestünden, dann doch nur mit gewissen Ausnahmefällen zu tun haben würden. Diese weiterhin zu berücksichtigen, erübrigt sich aber insofern, als die Frage der materiellrechtlichen Zulässigkeit der Kompensation überhaupt nur als notwendige Vorbedingung für eine Einlassung auf die Betrachtung ihrer prozessualen Geltendmachung in der Exekutionsinstanz, soweit erforderlich, in ergänzender Erörterung vorauszuschicken ist. Deshalb sollen die Grundlage der weiteren Ausführungen nur die Regelfälle der Kompensation bilden.

Von einem eigentlichen Kompensationsrechte im stricti juris judicium kann aber in der Zeit bis zu M. Aurel überhaupt nicht gesprochen werden. Bis dahin erfolgte nämlich in stricti juris judiciis die Kompensation auf Grund der exceptio doli, nur in indirekter Weise, indem entweder nach Dernburgs Ansicht[2]) der Richter mit der exceptio doli die Parteien durch Interlokute mittelbar zur Vornahme der Kompensation zwang, dadurch dass er ihnen Tilgung der Gegenforderung bis zum konkurrierenden Betrage durch Acceptilationen auferlegte, oder indem nach Kretschmar[3]) der Prätor die Parteien zum Abschluss einer stipulatio praetoria auf incertum zwang. Erst auf Grund des in § 30 Instit. de act. 4, 6 überlieferten Reskripts des Kaisers M. Aurel[4]) wurde, wie mit der herrschenden Meinung[5]) anzunehmen ist, durch Insertion der exceptio doli in die Formel der Richter ermächtigt, unmittelbar auf Kompensation zu sprechen und durch Abzug kompensabler Gegenforderungen die Klagesumme zu mindern. Nunmehr bestand für den Richter, wenn der Beklagte die exceptio

[1]) Vgl. seine Ausführungen auf S. 183 ff.

[2]) Vgl. darüber seine Ausführungen a. a. O. § 20 a. E.

[3]) Vgl. a. a. O. S. 26 ff.

[4]) Sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita exceptione compensatio inducebatur.

[5]) Vgl. Siber a. a. O. S. 7.
Dernburg a. a. O. S. 190.

doli entgegensetzte, weder ein formelles noch ein materielles Hindernis mehr, die Kompensation zuzulassen. Ein formelles nicht wegen der in dem Reskripte liegenden Ermächtigung, und materiell war der Mangel des rechtlichen Zusammenhanges des Gegenanspruchs mit der Klageforderung insofern nicht mehr bedingend für die Unzulässigkeit der Aufrechnung, als sich der strengen Einseitigkeit der obligatio stricti juris wegen das Kompensationsrecht hier nur auf Forderungen ex alia causa, sei es nun ex pari oder ex dispari causa, beziehen konnte.

II. Wir wollen nunmehr unter kurzer Berücksichtigung der materiellen Erfordernisse auf den eigentlichen Kernpunkt unserer Erörterung, nämlich auf die Frage eingehen, ob und unter welchen Umständen den Römern ein derartiges Kompensationsrecht noch in der Exekutionsinstanz für zulässig erschien. — Hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen zur Kompensation hat sich in den Anschauungen der Römer bis zu denen unseres heutigen Rechts wenig oder gar nichts geändert. Waren bei zwei „gleichartigen" Forderungen noch die Erfordernisse der „Gegenseitigkeit"[1]) und der „Fälligkeit der Gegenforderung"[2]) erfüllt und war diese Gegenforderung nicht mit dem nach l 14, D 16, 2 eine Kompensation hindernden Mangel behaftet, dass sie durch eine Einrede entkräftet werden konnte, so stand an sich der Zulässigkeit einer Aufrechnung nichts im Wege.

Der Umstand, dass zwei Forderungen sich als zur Aufrechnung geeignet gegenüberstanden, hatte nach römischem Recht deren Aufhebung allein noch nicht zur Folge.[3])

Ein jedes Forderungsrecht behält vielmehr seine rechtliche Existenz, und es hängt von dem Willen der Partei ab, ob sie dasselbe prozessualiter zur Kompensation bringen

[1]) Vgl. l. 9, C. IV, 34.

[2]) Siehe l. 7, pr. D. 16, 2.

[3]) Freilich ist infolge falscher Anwendung des Satzes „ipso jure compensari" häufig das Gegenteil angenommen worden. Begründer dieser lange herrschend gewesenen sog. absoluten Theorie war der Glossator Martinus. Seine Auffassung ist auch in mehrere Gesetzgebungen übergegangen, so z. B. vgl. Code civil art. 1290.

will oder nicht. Die Geltendmachung der Kompensation konnte nämlich zur Zeit des römischen Rechts nur im Prozesse erfolgen. Eine Berufung auf eine etwa bereits einseitig aussergerichtlich vollzogene Aufrechnung, wie sie z. B. nach den Vorschriften unseres heutigen bürgerlichen Rechts zulässig ist, war nicht möglich.

Macht nun eine Partei von dem ihr zustehenden Kompensationsrechte Gebrauch, so liegt in dem Vorbringen der compensatio nach römischem Recht eine Exception, eine peremtorische Einrede, da es sich um die Geltendmachung eines Gegenrechts handelt, welches den Anspruch des Klägers mit rückwirkender Kraft vernichtet. Zur Entstehung aber kommt diese exceptio compensationis nicht erst mit ihrem Vorbringen im Prozesse, sondern vielmehr in dem Augenblicke, wo die Partei das Recht auf Aufrechnung erwirbt. Mit dem Eintreten der Kompensabilität zweier Forderungen entsteht für die Partei bereits die Einrede[1]) der Kompensation.

In der Exekutionsinstanz brachten die Römer der exceptio compensationis ein besonderes Interesse entgegen. Nach den allgemeinen Prozessgrundsätzen mussten nämlich die peremtorischen Einreden bis zur oder bei der Litiskontestation unbedingt vorgebracht werden),[2] widrigenfalls der Säumige mit ihrer Geltendmachung ausgeschlossen wurde, wenn nicht etwa der Verlust der Einrede mit einer zu unbilligen Härte für die Partei verbunden war, in welchem Falle unter Umständen noch ein späteres Vorbringen derselben vermittels einer restitutio in integrum gegen das Urteil ermöglicht wurde.[3]) — Der Regel nach müsste alles dies auch für die peremtorische Einrede der Kompensation gelten, so dass, wie sich aus der negativen Fassung der l. 4, C. de except. 8,36 ergibt,[4]) die Möglichkeit ihrer Geltendmachung in der Exekutionsinstanz infolge der

[1]) Dernburg, Pand. S. 176.

[2]) Vgl. l. 8, C. de except. 8, 36: Praescriptionem peremtoriam, quam ante contestari sufficit, omissam . . .

[3]) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 263 und Keller a. a. O. S. 174.

[4]) Cum nondum finitam sententia causam dilatam allegetis, non est dubium omnes integras esse defensiones.

Rechtskraft des Urteils jedenfalls abgeschnitten und ausgeschlossen sein würde. Doch gibt es im römischen Recht mehrere Einreden, welche von dieser Behandlungsweise ausgenommen sind und die man deshalb wohl auch „befreite“[1]) genannt hat. Unter diese Kategorie zählten die Römer auch die exceptio compensationis. Die Befreiung dieser bevorzugten Einreden bestand darin, dass sie auch noch nach erfolgtem Urteilsspruch und ungeachtet der bereits eingetretenen Rechtskraft desselben vorgebracht werden und seine Vollziehung hindern konnten. Den Beweis für diese Ausnahmestellung der exceptio compensationis finden wir in dem uns in l. 2 C. IV, 31 überlieferten Reskript des Kaisers Antoninus:

Eum vero, qui iudicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse nemini dubium est. —

In dieser Stelle findet sich unbedingt und ohne eine Einschränkung der Gedanke ausgesprochen, dass eine Gegenforderung, ohne Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen der Kompensabilität bereits vor dem Urteil gegeben waren und der Beklagte schon während des Vorprozesses Aufrechnung hätte vorschützen können, auch noch nach Rechtskraft des Urteils zur Kompensation gebracht werden kann. Allerdings hat man die Berechtigung zu einer derartig allgemeinen Auslegung der genannten Kodexstelle in Zweifel gezogen und die Richtigkeit unserer oben dargelegten Ansicht bestritten. Man hat in diese Stelle hineininterpretieren wollen, dass die Möglichkeit einer nachträglichen Geltendmachung der Kompensationseinrede dadurch bedingt gewesen sei, dass der kompensable Gegenanspruch erst nach dem Urteil, also der obligatio ex causa iudicati gegenüber, zur Entstehung gekommen sei.[2]) Doch diese Ansicht kann u. E. nicht aufrecht erhalten werden, derartige Beschränkungen kann man aus dem Reskript nicht herauslesen. Die Stelle spricht vielmehr ganz allgemein, ohne Rücksicht auf Entstehung und Möglichkeit des früheren Vorbringens der exceptio compensationis, und ist, „da sie allgemein redet,

[1]) Gesterding a. a. O. S. 210.

[2]) Dieser Ansicht Wetzell a a. O. § 47, Not. 121.

auch allgemein zu versehen".[1]) Eine derartige Ausnahmestellung der römischrechtlichen exceptio compensationis darf uns auch etwa als Singulärerscheinung nicht wundernehmen oder uns gar zu scheinbar unüberwindlichen Zweifeln Anlass geben. Denn den Römern war, wie ein Hinweis auf die exceptiones Senatus Consulti Velleiani et Macedoniani zeigt,[2]) der Gedanke einer uneingeschränkten nachträglichen Berücksichtigung von Exceptionen post rem iudicatam absolut nicht fremd. Wie nun hinsichtlich der privilegierten Natur dieser beiden letzten Einreden in der Literatur keine Zweifel bestehen,[3]) so erweisen sich solche nach den vorausgegangenen Ausführungen und auf Grund des angeführten Quellenzeugnisses auch hinsichtlich der exceptio compensationis als gegenstandslos und unbegründet.

Zur unbedingten Voraussetzung einer solchen späteren Berücksichtigung der Kompensationseinrede aber machten die Römer, — wenigstens für die spätere Epoche, die Zeit Justinians, steht dies unbedingt fest[4]) — dass die zur Kompensation zu bringende Gegenforderung liquide[5]) oder wenigstens sofort liquidabel sei. Während es streitig sein kann, ob Justinian mit der zitierten Bestimmung für den Gebrauch der exceptio compensationis allgemein das Erfordernis der Liquidität hat festsetzen wollen, ist man sich darin wohl einig, dass Liquidität in der Exekutionsinstanz unbedingt[6]) vorhanden sein musste. Dadurch wollten die Römer bewirken, dass den Nachteilen, die sich aus der Zulässigkeit von privilegierten Einreden für eine schnelle

[1]) Gesterding a. a. O. S. 212.

[2]) Vgl. l. 11, D. 14, 6.

[3]) Selbst Wetzell spricht sich dahin aus.

[4]) Dies bestätigt folgende Bestimmung Justinians in l. 14, § 1 C. de comp. IV, 31: Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare.

[5]) Liquidität einer Forderung liegt vor, wenn ihr Bestehen überhaupt und die Höhe, in der sie besteht, für den erkennenden Richter gewiss ist. Diese Feststellung aber hatte durch rechtskräftiges Urteil, gerichtliches Geständnis oder öffentliche Urkunden zu erfolgen. (Vgl. auch Dernburg, Pand. S. 180.)

[6]) Derselben Meinung auch Schmid a. a. O. S. 52 und Tellkampf im Archiv f. civ. Pr. Bd. 23, S. 314.

Verwirklichung der rechtlich anerkannten Ansprüche im Wege der Zwangsvollstreckung ergaben, in gewissem Sinne entgegengearbeitet werde.

Das Verfahren bei dem in der Exekutionsinstanz noch zulässigen Vorbringen der Kompensationseinrede war derart, dass sie von dem Beklagten der actio iudicati gegenüber, welche aus der obligatio iudicati entsprang und mit welcher der siegreiche Kläger die Hilfe des Magistrats in Anspruch nahm, um das Urteil zur Vollstreckung zu bringen, vorgeschützt wurde.[1]) Der Beklagte machte dadurch, dass er die Einrede vorbrachte, die Bestellung eines neuen Judiciums erforderlich, in dem über die Zulässigkeit der Einrede entschieden wurde. Leichtsinnigem und chikanösem Handeln des Beklagten, der etwa beabsichtigte, nur die Vollstreckung zu verschleppen, wurde dadurch vorgebeugt, dass er in das Doppelte kondemniert wurde,[2]) wenn sich ergab, dass er zu Unrecht diese Einrede erhoben hatte.

Gemeines Recht.

§ 3.

I. Das gemeine Recht hat die Grundsätze und Vorschriften des römischen Rechts im allgemeinen zunächst unverändert übernommen und sie erst allmählich infolge einzelner Veränderungen eigenartig gestaltet. So haben wir vorerst auf derselben materiellen Grundlage wie im römischen Recht[3]) an die Frage der gemeinrechtlichen prozessualen Behandlungsweise der Kompensationseinrede in der Exekutionsinstanz heranzutreten. Hierbei müssen wir allerdings scharf scheiden die Zeit vor dem jüngsten Reichsabschied (J. R. A.) von 1654 von der nachfolgenden, die stark unter dem Einflusse der durch diesen getroffenen Änderungen steht. Bis zum J. R. A. liess man nach dem Urteil ausser den Einreden, die erst nach dieser Zeit entstanden waren,

[1]) Voraussetzung für die Geltendmachung der exceptio compensationis war also bei den Römern, dass der Kläger durch Aufruf an den Magistrat die Exekution bereits in Gang gesetzt hatte.

[2]) Vgl. Puchta a. a. O. S. 551.

[3]) Vgl. oben S. 6.

eine im Verhältnis zum römischen Recht noch bedeutend erweiterte Zahl von sogenannten privilegierten Einreden zu, ungeachtet des Momentes ihrer Entstehung und der Möglichkeit bereits früherer Geltendmachung. Es lag also keine Veranlassung vor, der exceptio compensationis die ihr durch das römische Recht gewährte privilegierte Natur zu nehmen. Die Strömung ging vielmehr dahin, den Kreis der privilegierten Einreden noch zu erweitern, weshalb auch hinsichtlich des Gebrauchs der Kompensationseinrede keine Änderung [1]) eintrat.

II. Dieser Zustand wurde beseitigt durch die Bestimmungen des J. R. A., der überhaupt den Gang des gemeinen Zivilprozesses festen Grundsätzen unterwarf und seinen Charakter genau präzisierte. Namentlich hinsichtlich der Zeit, in welcher vom Beklagten Einreden gegen den Klageanspruch vorzubringen waren, wurde eine feste Grenze gezogen durch die strikte Vorschrift des § 37 J. R. A.:

> „ . . Es soll der Zitierte und Beklagte . . in primo . . termino erscheinen und . . in diesem Termine uff die Klagen . . . kurtz, nervose und deutlich . . . ., was er dabey dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auff einmal bey Straff der Präklusion einbringen . .“

Unter „dabey“ ist also zu verstehen der erste Termin der Klagebeantwortung, in dem der Beklagte mit seiner Anzeige, „ob und worin das Faktum anders, als vom Kläger vorgebracht und wie es sich eigentlich verhalte“,[2]) alle seine Exceptionen verbinden und sie alle auf einmal vorbringen sollte. Auch sollte hinsichtlich der für nicht vorgebrachte Einreden verhängten Strafe der Präklusion keine Ausnahme in irgend einer Weise statuiert sein. In dem Nichtvorbringen der Einrede bei Einlassung auf die Klage lag ein Verzicht darauf, mit dieser Einrede eine Verteidi-

---

[1]) Vgl. Schmid a. a. O. § 101, S. 54: „Die Ansicht, dass die exceptio compensationis nicht auch in der Exekutionsinstanz vorgebracht werden könnte, lässt sich nicht rechtfertigen“, sodann auch S. 55 a. E. Ferner: Hommel a. a. S. S. 6.

[2]) Vgl. den citierten § 37 des J. R. A.

gung gegen den Klageanspruch zu führen. Dies ergibt von selbst, dass von diesem Verzicht nicht diejenigen Einreden mitbetroffen sein können, welche erst nach der Einlassung entdeckt,[1]) oder die gar erst nach diesem Zeitpunkt zur Entstehung gekommen sind. Nur mit Einreden also, die der Beklagte bereits zu dem entscheidenden Zeitpunkt vorbringen konnte, deren Geltendmachung er jedoch aus irgend einem Grunde unterlassen hat, ist er präkludiert und ihm ein späteres Vorbringen nachträglich in der Exekutionsinstanz unmöglich gemacht. Diese allgemeinen, strikte gefassten theoretischen Vorschriften haben auch für die exceptio compensationis zu gelten.

III. Doch so klar und zweifellos die Sachlage auch infolge der theoretischen Bestimmungen erscheint, in der Praxis traten hinsichtlich dieser Frage die grössten Meinungsverschiedenheiten zu Tage. In offenbarem Widerspruch zu dem Wortlaut des § 37 J. R. A. konstruierten die Praktiker[2]) auch für die Zeit nach 1654 unter den peremtorischen Einreden noch eine besondere Gattung von sog. privilegierten Einreden, von denen sie behaupteten, dass sie durch Nichtvorbringen bei der Einlassung auf die Klage nicht verloren gingen. Man kam zu dieser Ansicht, indem man scheinbar davon ausging, dass sich die Neuregelung des J. R. A. nur auf die den allgemeinen Bestimmungen unterliegenden Einreden des römischen Rechts bezieht, dass dadurch aber nicht die bis dahin bereits besonders bevorzugt gewesenen Einreden betroffen werden sollten. „Alle auf einmal" fasste man nicht, wie es richtig ist, als „alle ohne Ausnahme", sondern dachte sich dabei etwa den Zusatz „salvis exceptionibus", so dass hinsichtlich des Gebrauchs der früheren Ausnahmen von der Regel auch jetzt keine Änderung eintrat.[3]) Und zwar wollte man hierbei wieder unterscheiden, ob die Gegenforderung ante oder post litem contestatam entstanden sei. Im ersten Fall könne die Kompensation

[1]) Siehe die ausdrückliche, dahingehende Bestimmung des § 78 J.R.A.

[2]) Vgl. Danz a. a. O. § 186 mit einer grossen Anzahl von ihm in Note e angeführter Schriftsteller.

[3]) Vgl. in demselben Sinne Morstadt a. a. O. S. 197.

bis zum Urteil noch ohne besondere Beschränkung vorgebracht werden, nachher, also in der Exekutionsinstanz nur, wenn die Forderung liquide sei; im zweiten Fall treffe dasselbe zu, nur werde hier stets Liquidität erfordert."[1]) — Um aber überhaupt das Fortbestehen von solchen privilegierten Einreden im Widerspruch zu § 37 J. R. A. rechtfertigen zu können, müsste entweder eine dahingehende ausdrückliche gesetzliche Vorschrift herangezogen werden können oder es müsste diese Ausnahme durch die Natur der Sache gerechtfertigt erscheinen. Kein Gesetz aber bietet irgend eine Grundlage für jenen Standpunkt, andererseits aber würde seine Annahme dem Prinzip und Zweck der durch jenen Paragraphen getroffenen Vorschrift direkt zuwiderlaufen. Denn durch sie soll bewirkt werden, dass gleich im ersten Teil des Prozesses die gegenseitigen Streitpunkte in faktischer Beziehung zur Feststellung gelangen; bei der Zulässigkeit einer derartig grossen Anzahl von Ausnahmen[2]) aber würde die wohltätige Verordnung des jüngsten Reichsabschiedes einfach illusorisch gemacht worden sein.[3]) Aus diesen Gründen entbehrt der Standpunkt der Praxis, dass die Einrede der Kompensation von der Zeitschranke der Klagebeantwortung „befreit" sei, jeder rechtlichen Grundlage, und es ist der Ansicht derer zu folgen, die eine den Regeln der Eventualmaxime nicht entsprechende, spätere Geltendmachung der Kompensationseinrede für unzulässig erachten.[4]) Wer die peremtorische Einrede der

[1]) Vgl. Krug § 86 u. 87 und die dort Genannten.

[2]) Man zählte nämlich unter die privilegierten Einreden ausser den Einreden des Senatus Consulti Velleiani et Macedoniani alle die Einreden die a) auf die bereits geschehene Erlöschung der Verbindlichkeit gingen, oder b) den Kläger doch sonst in einen Dolus versetzten, z. B. die Einrede der Zahlung, der Kompensation, der Denunziation, des Transakts, der Rechtskraft usw. Vgl. Gönner a. a. O. § 11 S. 194.

[3]) Man vergegenwärtige sich, dass die unter Anm. 2b genannten Einreden die im gewöhnlichen Leben am häufigsten vorkommenden sind, und das andrerseits alle begründeten peremtorischen Einreden den Kläger, der sich etwas widerrechtlich zueignen will, juristisch in einen Dolus versetzen würden.

[4]) Vgl. Gensler im Archiv f. civ. Pr. Bd. 3, S. 209.
Linde a. a. O. § 208, Note 5.
Gönner a. a. O. Bd. II, S. 194 ff. § 11.
Gesterding a. a. O. S. 225.

Kompensation, die er zur Zeit der Klagebeantwortung vorbringen konnte,[1]) nicht vorschützt, gibt kund, dass er darauf Verzicht geleistet hat. Es wäre daher nicht nur, wie Gönner[2]) sagt, „ein grosses Unrecht, dem Kläger sein wohlerworbenes Recht aus diesem Verzichte zu entziehen", sondern es würde ein derartiger Gebrauch auch vollkommen dem alten Rechtssatze widersprechen: Ad jura renunciata non datur regressus.

Mit dieser Feststellung aber ist noch nicht völlige Klarheit geschaffen. Ohne den früher privilegiert gewesenen Einreden allgemein ihren Charakter auch noch für die Folgezeit erhalten und somit auch ein späteres Vorbringen der exceptio compensationis begründen zu wollen, suchte man speziell für diese allein eine Ausnahmestellung von der sog. Eventualmaxime zu begründen durch Heranziehung eines Momentes, das schon darum besonders interessant und bedeutsam erscheint, weil es noch weiter unten bei der Behandlung unseres heutigen Rechts in der Theorie der Gegner des von uns vertretenen Standpunktes eine Rolle spielen wird. Indem man bei der Aufrechnung in der Exekutionsinstanz besonderen Nachdruck auf das Erfordernis der Liquidität legte, ging man davon aus, dass der Aufrechnung mit einer gänzlich liquiden Forderung die Wirkung einer Zahlung beizulegen sei. Wie nun der Beklagte, wenn ein ihn zur Zahlung verpflichtendes rechtskräftiges Urteil vorliege, schlechthin zahlen könne, so dürfe er seiner Verpflichtung aus dem Urteil auch dadurch nachkommen, dass er nunmehr bereit sei, seine Forderung,[3]) soweit sie den Vollstreckungsanspruch des Klägers zur Deckung bringe, infolge Aufrechnung dagegen aufzugeben.[4])

Die eigentliche Veranlassung zu dieser Ansicht war der Umstand, dass man danach suchte, aus dem materiellen

[1]) Auf eine neu entdeckte oder sonst nachher entstandene Einrede erstreckt sich, wie bereits erwähnt, die Präklusion natürlich nicht.

[2]) A. a. O. Bd. II, S. 195.

[3]) Die bereits vorher geltend zu machen er ja nicht gezwungen werden konnte —

[4]) Vgl. denselben Standpunkt vertretend Hasse, Arch. f. civ. Pr. Bd. 7, S. 205 ff. und ihn rechtfertigend auch Schmid a. a. O. S. 54.

Charakter der Kompensation heraus eine Brücke zu schlagen zwischen der so verschiedenen prozessualen Behandlungsweise im römischen und späteren gemeinen Recht. Man wollte es nicht verstehen, ja hielt es geradezu für unglaublich,[1]) dass der J. R. A. mit der allgemeinen Vorschrift des § 37 der Kompensationseinrede plötzlich einen so ganz anderen Charakter hätte geben wollen. Durch Betonung der Solutionswirkung suchte man daher ausnahmsweise eine Geltendmachung der Aufrechnung auch noch in der Exekutionsinstanz zu ermöglichen. Die in dieser Weise begründete Ansicht[2]) finden wir bereits in dem Pandektenkommentar von Voët aus dem Jahre 1698, der in l. XVI, tit. II de comp. folgende Ausführungen macht:

longeque magis post sententiam ad impediendam executionem eius compensationis obiectio permissa est. Quod et hodiernis moribus servari aequum videtur, eo quod per compensationis allegationem non tam impugnatur sententia, quam potius reus condemnatus ei acquiescere ac obtemperare paratum sese profitetur. Si enim naturali solutione eius, ad quod damnatus est, iudicato satisfaciat, non minus satisfaciat, debiti liquidi compensationem offerendo. —

Doch auch diese Ausführungen kranken daran, dass sie in zu einseitiger Weise auf die Liquidität[3]) und die dadurch bedingte Wirkung der Kompensation Gewicht legen, dabei aber die Entstehung der Aufrechnungsmöglichkeit, sowie vor allem das Wesen und die prozessuale Natur der geltend gemachten Aufrechnung vollkommen unberücksichtigt lassen. In der Aufrechnung gegenüber der klägerischen Forderung liegt das Vorbringen eines Verteidigungsgrundes gegen dieselbe. Die Geltendmachung der Aufrechnung charakterisiert sich, wie bereits gesagt, als peremtorische Einrede, als „ein besonderer Angriff auf das Recht des

[1]) Hasse, Archiv f. civ. Pr. Bd. 7, S. 205.

[2]) — durch die wenigstens der Versuch gemacht ist, eine von der Regel abweichende Behandlung der Kompensationseinrede juristisch zu rechtfertigen, im Gegensatz zu denen, die sie nach Analogie des römischen Rechts einfach als privilegierte konstruierten —

[3]) — denn auf dieser fussen im Grunde genommen die weiteren Ausführungen —

Klägers.“[1]) Bei Berücksichtigung dessen ist es aber nicht angängig, die nachträgliche Geltendmachung der Kompensation in Parallele zu setzen mit einer nach der res iudicata erfolgten Zahlung und auf Grund der Solutionswirkung der Aufrechnung auch ihre nachträgliche Zulässigkeit in der Exekutionsinstanz entsprechend zu folgen. Denn in der Berufung auf eine nach dem Urteil erfolgte Zahlung liegt nicht ein besonderer Angriff auf das an sich aus der Klage begründet gedachte Recht. An dem Bestande des in der Klage geltend gemachten Rechts wird absolut nicht gerüttelt, im Gegenteil, es wird nach wie vor unbedingt zugegeben; es soll, wie selbst einer unserer Gegner[2]) sich äussert, dabei nur gesagt sein, „dass der Beklagte die Auflage des Urteils erfüllt habe“, aber auch nichts weiter. Darin liegt aber nicht eine dem in der Klage geforderten Anspruche widersprechende Einrede,[3]) während diese der Aufrechnung, infolge deren der klägerische Anspruch als bereits zur Zeit der Kompensabilität erloschen anzusehen ist, unbedingt gewahrt bleiben muss; büsst doch der Beklagte seinerseits bei der Aufrechung, durch die er den Bestand des klägerischen Rechts zu erschüttern sucht, selbst ein ihm gegen den Kläger zustehendes Forderungsrecht ein. Deshalb ist Geltendmachung der Kompensation in der Exekutionsinstanz und Berufung auf eine nach der res iudicata erfolgte Zahlung doch etwas anderes.[4]) Trotz ihrer Solutionswirkung muss also die Aufrechnung auf Grund ihrer Einredenatur hinsichtlich der Zeit ihres Vorbringens doch den oben dargelegten, allgemeinen prozessualen Grundsätzen unterworfen bleiben, so dass auch von dieser Seite aus eine ihr zugedachte Ausnahmestellung nicht gerechtfertigt erscheinen kann.

[1]) Vgl. diese Definition von „Einreden“ bei Gönner a. a. O. II, § 10, S. 192.

[2]) Vgl. Hasse im Arch. f. civ. Pr. Bd. 7, S. 206.

[3]) — eine solche würde vorliegen bei Berufung auf eine vor dem Urteil erfolgte Zahlung. Eine darauf gegründete Einrede nachzuholen erklären aber selbst die Gegner für unzulässig.

[4]) Vgl. in demselben Sinne auch Sintenis a. a. O. § 104, Anm. 68 a. E.

Nicht im Widerspruch dazu steht, sondern im Gegenteil vollkommen vereinbar mit dieser Ansicht ist die Tatsache, dass trotzdem sich im § 78 J. R. A. die Bestimmung findet, die es dem Beklagten ermöglicht, solche Einreden gegen die Klage noch nachzuholen, bezüglich deren er „vorhin nicht Wissenschaft gehabt, sondern erst in Erfahrung gebracht und solches auch eidlich erhalten hätte." Nicht auch diese Ausnahme würde durch eine strenge wörtliche Auslegung des § 37 J. R. A. als beseitigt angesehen werden müssen,[1]) sondern das Gesetz scheint vielmehr eben durch diese Vorschrift des § 78 etwaigen allzu fühlbaren Gegensätzlichkeiten gegenüber der früheren Rechtsübung haben vorbeugen wollen, die sich aus der auch von ihm gewollten Auffassung des § 37 in dem oben ausgeführten Sinne ergeben würden, indem es einen, der von einer Einrede erst nachher Kenntnis erlangt, ebenso behandelte, wie den, der absichtlich die ihm bekannte Einrede zu dem gegebenen Zeitpunkt nicht vorbringt. Die beiden Vorschriften müssen also auch wohl harmonisch nebeneinander bestehen können; sie lassen sich auch miteinander vereinbaren, wenn man annimmt, dass das Gesetz, obgleich es davon nichts erwähnt, den Beklagten mit solchen Einreden auf den Weg der restitutio in integrum verweist und die Unwissenheit als einen Grund für dieselbe ansieht,[2]) wenn ihm aus der Unterlassung der Geltendmachung ein Nachteil entstanden ist. Wegen entschuldbaren Irrtums könnte in diesem Falle die Restitution erteilt werden und zwar die sog. restitutio propter nova reperta.[3]) — Doch dieser allgemeine Hinweis auf dieses eventuell anzuwendende Rechtsmittel muss genügen.[4]) Es liegt darin auch ein gewisser Stützpunkt für den von uns vertretenen Standpunkt hinsichtlich des Gebrauchs der Kompensationseinrede im späteren gemeinen Recht.

---

[1]) So Morstadt a. a. O. S. 197.

[2]) In diesem Sinne Morstadt a. a. O. S. 197.

[3]) So Wetzell a. a. O. S. 683.

[4]) Auf die Veraussetzungen im einzelnen kann nicht näher eingegangen werden.

Preussisches Recht.

§ 4.

I. Wie bisher, so war auch nach preussischem Recht die Erhebung einer Prozesseinrede der regelmässige[1]) Weg, die Aufrechnung geltend zu machen. Um aber die Geltendmachung dieser Einrede überhaupt nicht von vornherein als unbedingt aussichtslos und undurchführbar erscheinen zu lassen, war notwendige materielle Voraussetzung, dass beide Teile sich als Gläubiger und Schuldner nicht nur gegenüberstanden, sondern auch dass ihre Verbindlichkeiten gleichartig und fällig[2]) waren und dass die volle Gültigkeit beider[3]) Forderungen ausser allem Zweifel stand.

In den §§ 359—362 dieses Titels des A. L. R. findet sich zwar noch die Bestimmung, dass die Forderungen, welche aufgerechnet werden sollen, „liquide" sein müssen. Da jedoch materiell auch eine Kompensation mit illiquiden Forderungen wirkt,[4]) so ist diese Vorschrift eine prozessuale[5]) und deshalb weiter unten zu behandeln.

Was zunächst die Art und Weise der Ausübung der Kompensation betrifft, so scheint aus dem Wortlaut des § 301, I, 16 A. L. R. geschlossen werden zu müssen, dass das A. L. R. auf dem Standpunkt stehe, die Tilgung durch Kompensation trete von selbst, ipso jure, ein, ohne dass eine Tätigkeit der Parteien erforderlich sei. Dies ist jedoch mit der herrschenden Meinung[6]) nicht anzunehmen; die Kompensation ist ein Recht, von dem man Gebrauch machen kann, aber nicht Gebrauch machen muss, wie beispielsweise auch § 302 A. L. R. h. t. sagt: „Es kann aufgerechnet

---

[1]) §§ 300—302 A. L. R. I, 16.

[2]) § 343 eod. Gleichartigkeit wird nach § 346 auch nur dem Gegenstande nicht dem Rechtsgrunde nach erfordert.

[3]) Vgl. Förster-Eccius a. a. O. S. 598.

[4]) Vgl. R. G. XII, Nr. 62 und R. G. XV, Nr. 99.

[5]) Sie ist deshalb mit dem 1. Okt. 1879 durch die Vorschriften der §§ 136 u. 274 (§§ 145 u. 302 heutiger Fassung) der Reichszivilprozessordnung ausser Kraft gesetzt worden.

[6]) Vgl. Förster-Eccius I, § 94 S. 591 (Note 6), R. G. 7, S. 243, Striethorst, Archiv Bd. 84, S. 180.

werden".[1]) Diese Geltendmachung aber erfolgte im früheren preussischen Recht unbedingt,[2]) im späteren der Regel nach[3]) im Wege der Einrede. Diese musste in demselben Zeitpunkt, wie jede andere Einrede, regelmässig also in der Klagebeantwortung vorgeschützt werden.[4]) Hat innerhalb dieses bestimmten Zeitpunktes aber der Beklagte von seiner Einrede keinen Gebrauch gemacht, so geht er nach § 303 A. L. R. I, 16 derselben „ohne weitere Entsagung verlustig" und kann nach erfolgter rechtskräftiger Entscheidung dieselbe gemäss § 384 A. L. R. nicht mehr unbedingt, sondern nur dann noch geltend machen, wenn in der Prozessordnung sich Bestimmungen diesbezüglichen Inhalts finden, da allgemein nach § 66 Einleitung der Allgemeinen Gerichtsordnung von 1793 derjenige, der das Urteil erstritten hat, gegen alle ferneren Anfechtungen seitens seines Gegners gesichert sein soll.. So schliesst zwar auch die Regel des § 35, I, 24 der A. G. O. jede Einwendung in der Exekutionsinstanz gegenüber der Judikatsklage aus,[5]) durch den folgenden § 36 aber wird diese

[1]) Vgl. auch das bei Hiersemenzel „Ergänzungen und Erläuterungen zum Allg. Landrecht" bei § 300, I, 16 abgedruckte Reskript des Justizministers vom 3. August 1840, worin ungefähr folgendes ausgeführt wird: „Es beruht auf einem Missverständnisse des Grundsatzes, dass die Kompensation ipso jure erfolge, wenn das Kollegium daraus folgert, dass sie ohne Zutun der Parteien erfolge. Die Kompensation ist ein Recht, von dem man Gebrauch machen kann . . ." Damit stimmt auch die Definition § 300 l. c. überein, wonach die Kompensation durch gegenseitige Anrechnung geschieht. Erst wenn diese Anrechnung erfolgt, wird die Wirkung auf die Zeit der Entstehung der Gegenforderung zurückerstattet.

[2]) Vgl. Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. II, Halle 1878, § 106, S. 227.

[3]) Für die spätere Zeit des preussischen Rechts wurde allerdings die aussergerichtliche Aufrechnung durch die Praxis bereits zugelassen (vgl. R. G., Bd. 11, S. 118 ff.), doch meist (siehe Förster-Eccius, I, S. 600 und Dernburg, 5. Aufl., § 106, S. 227) erscheint die einseitige Erklärung in Verbindung mit der im Prozess erhobenen Einrede, weshalb wir nicht Anstand zu nehmen brauchen, uns nur an diesen Regelfall zu halten.

[4]) Vgl. Koch a. a. O. S. 359.

[5]) Indem es heisst: „Ausser der Befolgung des Judikats soll die Vollstreckung desselben durch keine Einwendungen . . . abgewendet werden können."

Regel doch durch die gewisse Ausnahmen zulassende Bestimmung durchbrochen:

„Es finden also gegen die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils nur die Einwendungen der Zahlung, der Kompensation, des Erlasses, wie nicht minder des Vergleichs insoweit statt, als durch letztere die Schuld verringert oder eine längere Zahlungsfrist bewilligt worden ist."

Über den Zeitpunkt, wann die Einwendung entstanden sein muss, und ob insbesondere eine bei der Klagebeantwortung versäumte Kompensation noch nachträglich geltend gemacht werden kann, davon ist nichts bemerkt. Alle Zweifel aber, die über die Bedeutung dieses Zeitpunktes, mit dessen Versäumnis der Gebrauch der Kompensationseinrede ausgeschlossen sein könnte, sich etwa erheben, werden beseitigt durch die ausdrückliche Bestimmung des § 152 Anhang zur A. G. O., dass es nämlich „hierbei keinen Unterschied macht, ob der Grund dieser Einwendungen vor oder nach der Rechtskraft des zu vollstreckenden Urteils eingetreten ist." — Wir finden also hier im Gegensatz zum gemeinen Recht wieder die unbedingt freie Behandlungsweise, nach der das Vorbringen der Kompensation bedingungslos in jedem Stadium des Verfahrens zulässig erscheint. — Erforderlich ist hierbei nach der prozessualen Charakter[1]) tragenden Vorschrift der §§ 359, 360, I, 16 A. L. R. nur, dass die Gegenforderungen liquide sind, d. h. es soll ihrem Rechtsgrunde und Betrage nach die eine ebenso schnell wie die andere festzustellen sein.[2]) Wie jedoch die Liquidestellung zu erfolgen hat, darüber ist in der Prozessordnung nichts Besonderes gesagt.

II. Im preussischen Prozessverfahren machte sich indessen bald die Erfahrung bemerkbar, dass der gegenwärtige Gebrauch der genannten privilegierten Einreden zu unhalt-

[1]) Vgl. oben S. 18.

[2]) Dieser Grundsatz, dass der Einwand der Kompensation nur mit liquiden Gegenforderungen zulässig ist, findet keine Anwendung, wenn Forderung und Gegenforderung aus einem und demselben Geschäft entstanden sind (vgl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 46, S. 115 und Striethorst, Archiv für Rechtsfälle Bd. 45 S. 13).

baren Zuständen führe, dass der Möglichkeit der Prozessverschleppung und Chikane in weitestem Masse der Weg gebahnt werde, dass, wie es in der Verordnung über die Exekution in Zivilsachen vom 4. März 1834 heisst, diese Vorschriften „nicht mehr den Bedürfnissen der Rechtspflege entsprachen.“ Es wurde deshalb durch die genannte Verordnung eine Abänderung in der Weise herbeigeführt, dass der § 6[1]) bestimmte:

> „Die Einwendung der Zahlung, der Kompensation und des Vergleichs hemmen die Exekution nur alsdann, wenn sie liquide sind, und die Tatsachen, auf welche sie gegründet sind, sich erst nach geschlossener Instruktion der Sache ereignet haben oder erst nach diesem Zeitpunkt zur Kenntnis des Schuldners gelangt sind.“[2])

Die Einwendung der Kompensation soll also zunächst nur bei Liquidität die Exekution hemmen können, die nach den in Bezug genommenen Bestimmungen des § 3 der Verordnung vom 1. Juni 1833 über den Mandats-, Summarischen und Bagatellprozess „sofort durch Urkunden, Eideszuschiebung oder solche Zeugen, deren unverzüglicher Abhörung kein Hindernis entgegensteht,“ nachzuweisen ist. Ferner muss die Tatsache, auf welche die Einwendung gegründet ist, d. h. also die Entstehung der jüngeren Gegenforderung, erst nach geschlossener Instruktion der Sache eingetreten sein oder der Schuldner erst nach dieser Zeit Kenntnis erhalten haben.[3])

Durch diese sich im Laufe der Zeit als notwendig erwiesene Neuerung der Verordnung wird also die vorher unbedingt auch in der Exekutionsinstanz noch zulässige Kompensationseinrede im allgemeinen präkludiert, wenn bereits vor jenem Zeitpunkt die Gegenforderung aufrechen-

---

[1]) Vgl. Gesetzsammlung S. 31.

[2]) Der erste Satz dieser Verordnung fand sich bereits in ähnlicher Fassung in dem Corpus Juris Fridericianum vom 26. April 1781 und ist dem § 22 Titel 5, Teil IV desselben entnommen.

[3]) Dieses Moment liesse sich vielleicht in eine gewisse Parallele bringen zu der uns im gemeinen Recht bereits begegneten restitutio propter nova reperta.

bar gegenüberstand und nur der Präzedenzfall zugelassen,[1]) dass der unter gewöhnlichen Umständen Präkludierte durch Nichtkenntnis geschützt wird. Die Geltendmachung der Aufrechnung hat dann in der Form der Einrede gegenüber der Judikatsklage zu geschehen, wenn mit ihr der Kläger aus dem rechtskräftig gewordenen kondemnatorischen Urteil gegen den Beklagten zum Zwecke der Durchsetzung und Verwirklichung der ihm im Urteil zugesprochenen Leistung vorgeht.

Spätere Gesetze und Entwürfe.

§ 5.

Betrachten wir die in der Folgezeit bis zu unserem heutigen Recht von Einfluss gewesenen wichtigsten Gesetze und Entwürfe, anhebend bei der Hannoverschen Prozessordnung vom 8. November 1850, so finden wir bei der im allgemeinen überhaupt zu konstatierenden Abweichung des Verfahrens, wie der Gläubiger im Gegensatz zu früher üblich gewesenen Rechtsgrundsätzen nach modernem Recht[2]) die Zwangsvollstreckung betreibt, naturgemäss auch in der Behandlung der Einwendungen in der Zwangsvollstreckungsinstanz Änderungen und Verschiedenheiten.

a) Die Hannoversche Prozessordnung vom 8. November 1850

hat die privilegierten Einreden der früheren Zeit beseitigt.[3]) Das Vorbringen der Kompensation fällt unter die sich gegen den Anspruch selbst richtenden Einwendungen und ist — wie diese allgemein — zulässig nur innerhalb einer ein-

[1]) Der Beklagte verliert ja auch bei Versäumnis der Kompensationseinrede im Prozess nicht mehr als das Kompensationsrecht, die Forderung selbst, die man zur Aufrechnung hätte verwenden können, bleibt ihrem Bestande nach intakt.

[2]) Es wurde nämlich nach dem Vorbilde des französischen Rechts die Zwangsvollstreckung meist besonderen Beamten übertragen; die Verfügung der Zwangsvollstreckung ist nicht mehr Sache der Gerichte, vielmehr liegt die Entscheidung über ihre Zulässigkeit z. T. bei den Gerichtsschreibern bzw. bei den Notaren. (Vgl. Leonhardt in der Ausgabe der bürgerlichen Prozessordnung Anm. 1 zu § 529.)

[3]) Ausgenommen die in § 575, Z. 4 aufrecht erhaltene bez. neugeschaffene Einrede der Rechtswohltat der Kompetenz.

wöchigen[1]) Präklusivfrist, wenn sie in dieser durch Augenschein, Urkunden oder Eideszuschiebung liquid gestellt werden kann und sich auf eine nach dem zu vollziehenden Urteile eingetretene Tilgung bezieht;[2]) wenn die Einwendungen auf eine erst nach dem Zahlungsgebot eingetretene Tilgung begründet sind, können sie auch später noch geltend gemacht werden, müssen aber durch öffentliche Urkunden oder solche Privaturkunden, welche vom Gegner anerkannt oder eidlich abgeleugnet werden müssen, oder durch Augenschein bewiesen werden. Eideszuschiebung ist unzulässig.[3])

Der auf dem Hannoverschen Prozessgesetz beruhende

b) Hannoversche Entwurf

einer allgemeinen Zivilprozessordnung von 1866 liess die achttägige Fristbestimmung und das Erfordernis der Liquidität fallen. Bei allen Schuldtiteln, abgesehen von den vor Notaren errichteten Urkunden[4]) war erforderlich, dass die Einwendung Erlöschung des Anspruchs betraf und auf einem nach Erlassung oder Errichtung des zu vollstreckenden Schuldtitels entstandenen Grunde beruhte.

Bereits nach dem

c) Preussischen Entwurf von 1864

ist für Einreden gegen den Anspruch selbst, unter denen der Einwand der Kompensation namentlich genannt ist, massgebend, dass sie nach derjenigen mündlichen Verhandlung entstanden sind, auf die das Urteil ergangen ist.[5])

---

[1]) Die Frist beruht darauf, dass auf Grund eines mit der Vollstreckungsklausel versehenen Urteils oder sonstigen Titels der Gläubiger einen Gerichtsvogt beauftragte, das Zahlungsgebot zu erlassen, d. h. den Schuldner aufzufordern, binnen einer Woche den Gläubiger zu befriedigen. Die Zwangsvollstreckung durfte erst beginnen, wenn weder innerhalb der achttägigen Frist der Schuldner seiner Verpflichtung nachgekommen, noch auf erhobene Einwendung hin auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung, oder auf vorläufige Hemmung des Beginns derselben erkannt war. (Vgl. Hommel a. a. O. S. 10.)

[2]) §§ 574, 575 der Prozessordnung.

[3]) Vgl. § 576 ebenda.

[4]) Siehe § 642, Ziffer 9 der Prozessordnung.

[5]) Vgl. § 1029 des Entwurfs.

Besonders bemerkenswert hierbei ist auch, dass wir im Gegensatz zu früheren Bestimmungen durch § 1018 dieses Entwurfs den Schuldner mit seinem Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung zum ersten Male auf den Weg der Klage gewiesen finden, dass er also selbst aggressiv vorgehen muss. Zuständig für diese Klage ist das Gericht, von dem das Urteil für vollstreckbar erklärt ist,[1]) im Gegensatz zum Prozessgericht erster Instanz nach heutigem Recht gemäss § 767, Abs. 1 Z. P. O.

d) Der Norddeutsche Entwurf von 1870

kehrt wieder als massgebenden Zeitpunkt den Erlass des Urteils hervor und lässt die als Einwendung namentlich genannte Kompensation in der Vollstreckungsinstanz nur zu, wenn der Grund, auf dem sie beruht, erst nach Erlassung des Urteils entstanden ist.[2])

e) Die drei deutschen Entwürfe

von 1871, 72 und 74 enthalten im wesentlichen keine Abweichung von den Bestimmungen des norddeutschen Entwurfs und namentlich besteht hinsichtlich der Behandlung der Einwendungen keine Differenz.[3]) — So haben wir also eine zusammenhängende Übersicht über die Behandlung und Zulässigkeit der Aufrechnung in der Zwangsvollstreckungsinstanz vom römischen Recht bis zu den gegenwärtig geltenden Gesetzesvorschriften. Die Schwierigkeiten, welche sich bei Auslegung der geltenden Normen, insbesondere der materiellrechtlichen Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs über die Aufrechnung ergeben, werden uns noch im zweiten Teile unserer Arbeit, bei der Abhandlung dieser Frage nach heutigem Reichsrecht, des Näheren zu beschäftigen haben.

[1]) Vgl. ebenfalls § 1018.
[2]) Siehe Hommel a. a. O. S. 17.
[3]) Hommel a. a. O. S. 17.

II. Teil.

Heutiges Recht.

A. Vorfrage.

§ 6.

Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber dem Vollstreckungsanspruch an sich.

Auszugehen ist von den Bestimmungen der §§ 388, 389 B. G. B., welche lauten: Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile . . . . Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. Die beiderseitigen Forderungen werden also dadurch, dass sie sich als zur Aufrechnung geeignet einander gegenüberstehen, ein Zustand, der eintritt, sobald im einzelnen die erforderten, von den Motiven[1]) geringschätzig als Requisiten bezeichneten Voraussetzungen vorliegen (nämlich wie im früheren Recht: Fälligkeit, Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit usw., vgl. § 387 B. G. B.), in ihrem gegenseitigen Bestehen nicht berührt. Eine Rechtsänderung tritt erst dadurch ein, dass der eine Teil gegenüber dem anderen Teile die Aufrechnung erklärt. Durch die Erklärung erst werden beide Forderungen in dem sich deckenden Betrage aufgehoben, und zwar mit rückwirkender Kraft in der Weise, dass das Erloschensein mit dem Zeitpunkt ihres aufrechnungsfähigen Gegenübertretens als eingetreten gilt. Die Aufrechnung ist nach bürgerlichem Recht als eine einseitige, einem anderen gegenüber abzugebende Willenserklärung, als „ein einseitiges empfangs-

[1]) Daselbst Bd. II, S. 107.

bedürftiges Rechtsgeschäft" gedacht; sie kann also nach Massgabe der für solche geltenden Grundsätze[1]) erfolgen, ohne Rücksicht darauf, ob ein Rechtsstreit über die eine oder die andere Forderung anhängig ist oder nicht. Sie kann sowohl im Prozesse selbst geschehen, ebenso aber kann sie auch aussergerichtlich vollzogen werden und im Prozesse wird dann nur die Berufung auf die bereits aussergerichtlich vollzogene Aufrechnung vorgebracht. In beiden Fällen ist die Wirkung dieselbe.[2])

Wie aber gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Prozess bereits seinen Abschluss gefunden hat, wenn ein über einen Anspruch ergangenes, bereits vollstreckbares Urteil vorliegt? Ist gegenüber einem solchen Vollstreckungsanspruch an sich eine Aufrechnung möglich, oder in welcher Weise wirkt das Vorhandensein und Bestehen eines vollstreckbaren Urteils auf eine vorher zulässig gewesene Aufrechnung ein? — Von diesem Gesichtspunkt aus richtet sich unser Augenmerk zunächst auf die aussergerichtliche, sog. zivilistische Kompensation. Denn die Aufrechnung im Prozesse selbst kann ja eben nur so lange erfolgen, als die Prozesslage dies ermöglicht und nicht das Bestehen eines Urteils ihr tatsächliches Vorbringen illusorisch[3]) macht. Dies ergibt sich, da die prozessuale Kompensation eben der Eigenart des Prozesses folgen muss, aus dem ganzen Prozessverfahren von selbst. Anders freilich steht es mit der aussergerichtlichen Aufrechnung. Sie ist nach den massgebenden Vorschriften des B. G. B. hinsichtlich des Vorbringens der Aufrechnungserklärung an keine Zeitschranke[4]) gebunden. Zeitlich ist sie also auch nach einem rechtskräftigen Urteile nicht nur denkbar, sondern auch materiell zulässig. Doch ergeben sich hierbei gewisse Schwierigkeiten zwischen den Bestimmungen des materiellen Rechts und der durch den

[1]) Vgl. die §§ 130—132 B. G. B.

[2]) cf. Planck, Komm. z. B. G. B. II. Anm. 1 zu § 388

[3]) Von der eventuell möglichen Geltendmachung im Wege der Klage aus § 767 Z. P. O. soll hier zunächst abgesehen werden. Dieser besondere Prozessweg eröffnet sich erst weiter unten.

[4]) Vgl. Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 24, S. 22.

Prozess geschaffenen Rechtslage. Die Zivilprozessordnung spricht von einem „durch das Urteil festgestellten Anspruch“. Danach könnte es zuvor so scheinen, als ob die Z. P. O. annähme, durch das Urteil werde der in Streit befangene Anspruch konsumiert und es werde ein neuer Anspruch begründet.[1]) Doch ist darüber, ob der Anspruch durch die rechtskräftige Sentenz konsumiert werde, oder ob der Urteilsanspruch lediglich der in iudicium deduzierte Streitanspruch sei, nunmehr nur versehen mit richterlicher Anerkennung, keine direkte, positive Entscheidung getroffen worden. Indessen dürfte der letzteren Ansicht beizupflichten sein auf Grund folgender Erwägung. Das Urteil hat in der Regel einen deklaratorischen Charakter; es stellt lediglich nur fest, dass zur Zeit des Urteils dem Sieger der im Urteil bezeichnete, zivilrechtliche Anspruch gegen den Besiegten zusteht.[2]) Der Judikatsanspruch ist also seinem Wesen und Inhalt nach mit dem klageweise geltend gemachten Anspruche völlig identisch. Die Vollstreckungsbefugnis ist nur etwas zu dem ursprünglichen Anspruch Hinzutretendes. Ebenso wie gegen diesen aufgerechnet werden konnte, muss deshalb auch an sich die Aufrechnung zulässig sein, nachdem er in dem ergangenen Urteile festgestellt ist. Denn es fehlt eine Bestimmung des bürgerlichen Rechts, welche die Aufrechnung in diesem Falle ausschlösse.[3]) Nach heutigem Recht tritt durch das Judikat nicht eine neue Obligation an die Stelle der eingeklagten.[4])

Ganz verschieden davon aber ist die Frage, ob dieser materiellrechtliche Vorgang, nämlich das durch die Kompensation eintretende Erlöschen des Anspruchs, Bedeutung hat für den Fortgang des Prozesses bez. der Zwangsvollstreckung. Diese Frage ist eine rein prozessualische.

---

[1]) Vgl. z. B. § 767 Z. P. O.: „Einwendungen . . gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch . .“

[2]) Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 2, S. 693/94.

[3]) Vgl. in diesem Sinne auch das R. G. vom 13. VIII. 02. J. W, S. 531.

[4]) Vgl. Hellmann, Krit. Viertelj. Bd. 40, S. 111, Siber a. a. O. S. 115.

Wir müssen hier scheiden die Wirkung der Aufrechnung in zivilrechtlicher und prozessualer Beziehung. Der zivilistischen Wirksamkeit setzt das Bestehen eines vollstreckbaren Urteils an sich, wie wir gesehen haben, kein Hindernis entgegen. Andrerseits aber hebt eine nach der Verurteilung dem Gläubiger gegenüber erklärte Aufrechnung auch nur den materiellen Anspruch auf, während sie den sog. Vollstreckungsanspruch nicht beseitigt. Zum Verständnis des Gesagten ist noch folgendes zu berücksichtigen. Die Zwangsvollstreekung des heutigen Rechts ist lediglich Staatstätigkeit.[1]) Der Gläubiger hat heute regelmässig nicht mehr das Recht, selbst den Zwang auszuüben, sondern er hat nur noch ein Recht auf den Zwang, er hat eine publizistische, auf dem Prozessrecht beruhende Berechtigung, von einem anderen, nämlich dem Staate, zu verlangen, dass er ihm zur Verwirklichung des ihm in dem Urteile zuerkannten Rechts verhilft. Er hat gegen den Staat sozusagen einen Anspruch auf Rechtsschutz durch Vollstreckung.[2])

Dieser Anspruch aber ist auf dem Gebiete des Privatrechts nicht an das Bestehen eines materiellen Anspruches an sich geknüpft, erforderlich ist vielmehr die Verleihung der Vollstreckbarkeit. Diese Verleihung, der sogenannte vollstreckbare Titel,[3]) ist die wichtigste Bedingung für eine Zwangsvollstreckung. Der Titel, nicht der zivile Anspruch, ist der Träger der Vollstreckung. Ist er beispielsweise untergegangen, d. h. ist seine Urschrift abhanden gekommen,

[1]) Nur noch in ganz ausnahmsweisen Fällen, z. B. beim Vorliegen der Selbsthilfe nach § 229 B. G. B. und der sog. Vorpfändung nach § 845 Z. P. O. hat der Gläubiger ein Recht zum Zwange.

[2]) Wach in seinem Handbuch des deutschen Zivilprozesses Bd. I, S. 19 ff. hat diesen in Parallele zu dem materiellen Anspruch gesetzten Begriff des Rechtsschutzanspruches aufgestellt. Auf ihn ist jedoch in dieser Abhandlung nur kurz und soweit nötig zu verweisen. Ein weiteres Eingehen auf Wachs an diesen Begriff geknüpfte, lebhaft bestrittene Erörterungen muss als unsere Sache wenig fördernd unterbleiben.

[3]) Als solche kommen besonders in Betracht die eine Verurteilung des Beklagten aussprechenden Endurteile gemäss § 704 Z. P. O., welche dann Vollstreckungstitel sind, wenn sie rechtskräftig geworden oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind.

ohne dass Ausfertigungen vorhanden wären, die an seine Stelle treten könnten, so ist eine Zwangsvollstreckung schlechterdings unmöglich und eine neue Klage erforderlich. Daraus aber ist zu folgern, dass zwar für das Zustandekommen eines vollstreckbaren Titels der materielle Anspruch unbedingt erforderliche Voraussetzung ist, dass aber die Wirksamkeit des Titels, m. a. W. die aus ihm folgende Zwangsvollstreckung, einer selbständigen Beurteilung unterliegen muss.

Das Verhältnis ist nicht derartig, dass mit dem Erlöschen des materiellen Anspruchs auch der vollstreckbare Titel seine Daseinsberechtigung verlöre, durch das Erfordernis des Titels ist der natürliche Zusammenhang zwischen der Vollstreckung und dem Anspruche gebrochen. Der sog. publizistische Rechtsanspruch ist „von seinem zivilistischen Untergrunde losgelöst.“[1]) Er kann nicht nur bestehen, bevor der materielle Anspruch endgültig festgestellt ist,[2]) sondern er kann auch untergehen, obwohl der Anspruch fortbesteht, und weiter wirksam sein, obwohl er nicht oder nicht mehr besteht. Die letzte Möglichkeit liegt vor, wenn der durch das vollstreckbare Urteil festgestellte Anspruch durch Aufrechnung zum Erlöschen gebracht worden ist. An sich also würde auch hier das Nichtmehrbestehen des materiellen Anspruchs für die Durchführung der Vollstreckung unerheblich bleiben, solange ein die Vollstreckungsbefugnis verkörpernder Titel vorliegt. Trotzdem aber muss unter solchen Umständen dem Beginne oder der Fortsetzung einer Zwangsvollstreckung Einhalt getan werden können; denn es hätte offenbar doch keinen Sinn, mit Hilfe der Staatsgewalt eine Leistung zu erzwingen, auf die der Sieger zwar zur Zeit des Urteils einen staatlich anerkannten, sofort zu erfüllenden Anspruch hatte, die er aber jetzt zu verlangen keine Berechtigung mehr hat, weil eben die im Vollstreckungstitel verkörperte Forderung nachträglich auf irgend eine Weise erloschen ist. Das Gesetz gibt deshalb

[1]) Vgl. Gaupp-Stein a. a. O. zu § 767, Anm. I.

[2]) Vgl. § 708 ff. Z. P. O.; man denke an ein vorläufig vollstreckbares, noch durch Berufung anfechtbares Urteil.

dem Vollstreckungsschuldner ein Mittel in die Hand, einer solchen materiellen Rechtsänderung auch prozessual Geltung zu verschaffen, und zwar auf Grund des § 767 Z. P. O. Dieser lautet:

„Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozessgericht erster Instanz geltend zu machen.

Dieselben sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemässheit der Bestimmungen dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

Der Schuldner muss in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen imstande war."

II. Die Abwehr geschieht also nach heutigem Recht im Wege der Klage, für die das Prozessgericht erster Instanz[1]) zuständig ist. Für diese Klage hat sich nach einer von Kohler[2]) zuerst gebrauchten Bezeichnung der Name Vollstreckungsgegenklage in der Literatur und Praxis ziemlich allgemein Eingang verschafft.[3]) Diese Klage geht nicht dahin, das frühere Urteil aufzuheben — dieses und seine

[1]) Die Ansicht Heidenfelds (bei Gruchot, Bd. XXV, S. 587 Anm.), dass hierdurch nur die örtliche, nicht die sachliche Zuständigkeit habe festgestellt werden sollen, so dass beispielsweise Einwendungen gegen ein Teilurteil des Landgerichts über weniger als 300 M. nicht vor das Landgericht, sondern vor das Amtsgericht gehörten, ist unrichtig. Nur dasjenige Gericht kann nach Beendigung eines Prozesses als Prozessgericht angesehen werden, wo der Prozess wirklich anhängig gewesen ist.

[2]) Im Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 72, S. 1 ff.

[3]) Diese Benennung ist besonders der Kürze halber zu empfehlen, um die mit ihr geltend gemachten Einwendungen des Schuldners in scharfen Gegensatz zu bringen mit denen, welche seitens Dritter, die an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht vorschützen, im Wege der Widerspruchsklage aus § 771 Z. P. O. erhoben werden.

materiellen Wirkungen bleiben unberührt —, sondern es soll nur ausgesprochen werden, dass aus dem Urteil eine bisher zulässig gewesene Zwangsvollstreckung nunmehr unzulässig sei.[1]) Nur dieser Art ist, wie wohl jetzt auch von der überwiegenden Mehrheit angenommen wird, das Begehren, das der Kläger durchsetzen will. Die Klage ist eigener Art, sie ist ein besonderer Prozessbehelf, gerichtet auf Abwehr einer der materiellen Sachlage widersprechenden Zwangsvollstreckung. Die Klage hat allerdings äusserlich betrachtet eine gewisse Aehnlichkeit mit einer negativen Feststellungsklage,[2]) insofern der Klageantrag gerichtet ist auf Feststellung des Nichtbestehens eines Vollstreckungsrechts. Ihr Ziel geht aber über das einer negativen Feststellungsklage im Sinne des § 256 Z.P.O. hinaus, insofern das Interesse des Schuldners nicht mit einer durch Feststellung erlangten Rechtsgewissheit befriedigt ist, sondern er Abwendung der Zwangsvollstreckung erreichen will. Dabei aber bedarf es nur aus dem Grunde keiner Verurteilung, weil, wie Weismann[3]) treffend anführt, „zur Zwangsvollstreckung ein staatliches Vollstreckungsorgan nötig ist und dieses selbst sein Verhalten nach der Feststellung einrichtet, dass die Zwangsvollstreckung unzulässig sei.[4]) Das Urteil erzeugt nicht bloss Rechtskraft bezüglich der gegenwärtigen Zwangsvollstreckung, sondern auch, wenn später neue Vollstreckungsmassregeln ergriffen werden.[5]) Mit der rechtzeitig erhobenen Klage kann auch der Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung verbunden werden und, wenn bereits etwas geleistet ist, auch der auf Rückgabe des Geleisteten, es kann auch, wenn die Vollstreckung erst

[1]) So z. B. Gaupp-Stein a. a. O. zu § 767 Anm. I. R. Schmidt a. a. O. S. 142, Nr. 1. Falkmann a. a. O. S. 105.

[2]) Als solche betrachtet sie z. B. Seuffert in s. Komm. Anm. 1a zu § 767.

[3]) Vgl. sein Lehrbuch, Bd. II, S. 96.

[4]) Für die dargelegte Auffassung spricht auch, dass das Gesetz selbst in § 775 Nr. 1 von einer vollstreckbaren Entscheidung spricht, während eine blosse negative Feststellungsklage ihrer Natur nach nicht „vollstreckbar“ sein kann.

[5]) Kohler im Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 72, S. 17

im Laufe des Prozesses erfolgt, zu diesem Anspruch übergegangen werden, gemäss § 268, Nr. 3 Z. P. O.[1])

Denn es ist zur Begründung der Gegenklage, wie von vornherein klarzulegen ist, nicht notwendig, dass bereits mit Vollstreckungshandlungen der Anfang gemacht ist, wie es von mannigfacher Seite behauptet wird, und zwar mit der Begründung, dass andernfalls ja noch kein Angriff vorliege, welcher zurückzuweisen wäre.[2]) Diese Ansicht ist jedoch unrichtig. Ein die Anwendbarkeit der Vollstreckungsgegenklage schon vor Beginn der Vollstreckung rechtfertigendes Interesse des Schuldners muss bereits als vorliegend angenommen werden, sobald der Gläubiger überhaupt einen vollstreckbaren Titel in der Hand hat, auf Grund dessen jederzeit die Ausübung seiner Vollstrekkungsbefugnis begründet ist. Es genügt also ein Drohen der Zwangsvollstreckung.[3])

B. Hauptfrage.

Die Geltendmachung der Aufrechnung in der Vollstreckungsgegenklage, bedingt durch:

§ 7.

Das Wesen der Aufrechnungserklärung.

Nachdem wir durch die vorangegangenen Ausführungen im allgemeinen auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage gewiesen worden sind, um einem versäumten, auf materiellem Recht beruhenden Vorbringen dem vollstreckbaren Urteile

[1]) Vgl. in diesem Sinne auch Gaupp-Stein Nr. 1 zu § 724 I und Anm. III zu § 767. Falkmann S. 905 a. a. O. Anm.

[2]) Vgl. z. B. Kohler, Ges. Beiträge S. 469, Kohler, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 72, S. 12. Derselben Meinung auch: Falkmann a. a. O. S. 106 und O. L. G. Hamburg in Seufferts Archiv Bd. 39, S. 369. Diese lassen vor Beginn der Zwangsvollstreckung, wenn der Schuldner ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat, eine negative Feststellungsklage aus § 256 Z. P. O. zu.

[3]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts v. 4. II. 97 in Bd. 38, S. 428. R. G. in Jur. Wochenschr. 1895, S. 330 Nr. 25 u. 1897, S. 517, Nr. 1. O. L. G. Dresden im Sächs. Archiv Bd. VII, S. 576. Weismann, Lehrbuch II, S. 98/99.

gegenüber noch Geltung zu verschaffen, sollen im einzelnen die Voraussetzungen näher behandelt werden, unter denen auf diese Weise eine nachträgliche Geltendmachung der Aufrechnung ermöglicht wird. „Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen . . .“ heisst es zunächst im § 767 Z. P. O. Was versteht nun aber die Zivilprozessordnung überhaupt unter dem Begriffe „Einwendung“. Während „Einrede“ und wohl auch „Einwendung“ im B. G. B. gewisse bestimmte, technische Bezeichnungen sind, ist dies in der Z. P. O., wenigstens bei der „Einwendung“, nicht der Fall. Es ist auch nicht angängig, diese Begriffe, wie sie von der Z. P. O. gebraucht werden, ihrer spezifisch prozessualen Natur wegen aus dem Gebrauche des Bürgerlichen Gesetzbuches erklären zu wollen. Denn ein Hauptunterschied zwischen der Bedeutung dieser Begriffe in der Z. P. O. und im B. G. B. liegt schon darin, dass es sich bei ihnen in der Z. P. O. lediglich um behauptete, im B. G. B. dagegen um wirklich bestehende, und zwar nur privatrechtliche Tatbestände handelt. „Einwendungen“ und „Einreden“ sind in der Z. P. O. zunächst gewisse Arten von Behauptungen der Parteien im Verfahren. Sie stellen also eine prozessuale Tätigkeit dar zum Zwecke der Abwehr gegen eine andere im Prozess vorkommende Tätigkeit oder ein Ergebnis derselben. Insofern ist auch der prozessuale Begriff „Einrede“ erheblich weiter als der materiellrechtliche.[1]) Er umfasst im Gegensatz zu letzterem auch alle rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen, so dass also zivilprozessualisch auch eine Einrede ist die Behauptung der bereits geschehenen Tilgung des Anspruches durch Aufrechnung, wie nicht minder der Berechtigung, sie gegenwärtig zu vollziehen.[2])

Dieser im Falle der Aufrechnung vorliegende prozessualische Begriff der Einrede aber geht auf in dem all-

[1]) Dieser wird bekanntlich ziemlich allgemein mit dem „Recht, eine geschuldete Leistung zu verweigern“ identifiziert, vgl. Fischer-Henle Anm. 6 zu § 202 B. G. B.

[2]) Wach, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 27, S. 9.

gemeineren der „Einwendung“. Denn unter „Einwendungen“ werden zusammengefasst alle widersprechenden Erklärungen, die der Beklagte überhaupt der Klage entgegensetzen kann, diese Bezeichnung wird angewandt, um nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch „Bemängelungen jeder Art“,[1]) sowohl einen subjektiven Berechtigungs- wie einen objektiven Richtigkeitsmangel, zum Ausdruck zu bringen. Daher wird auch nirgends von den „Einwendungen“ im allgemeinen gesprochen, sondern immer heisst es „Einwendungen gegen das oder das“. —

Nach alledem kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Aufrechnung als „Einwendung“ im Sinne des § 767 Z. P. O. zu gelten hat und dass sie als solche in der Vollstreckungsgegenklage nur in beschränktem Masse zugelassen wird, da die Zivilprozessordnung durch das Prinzip der Rechtskraft gewisse Grenzen gezogen sein lässt. Zwar scheint es zunächst ungeeignet, vom Institut der Vollstreckungsgegenklage aus über den Begriff der Rechtskraft Aufklärung geben zu wollen. Denn die Klage richtet sich doch nicht nur gegen den rechtskräftigen, sondern auch gegen den vorläufig vollstreckbaren, noch durch Berufung anfechtbaren Anspruch. Indes es ist nicht die Aufgabe der Vollstreckungsgegenklage, mit Rechtsmitteln zu konkurrieren; mit ihr soll vor allen Dingen — dies ist wohl der häufigste Fall — dem Schuldner dann geholfen werden, wenn der Gläubiger auf Grund eines sonst unanfechtbaren rechtskräftigen Titels Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners sucht. In diesem Falle aber äussert das rechtskräftige Urteil eine gewisse Ausschlusswirkung. Die Zahl der dem Schuldner zu Gebote stehenden Einwendungen ist begrenzt durch das Prinzip der Rechtskraft. Diese Beschränkung aber ist auch beibehalten, wenn nur auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Anspruchs der Gläubiger die Vollstreckung betreibt. Zur Geltendmachung weiterer Rechte dient dem Schuldner die Berufung, nicht die Vollstreckungsgegenklage aus § 767 Z. P. O. — Aus-

[1]) Vgl. Fischer, Recht u. Rechtsschutz S. 98.

geschlossen werden also unter gewissen Voraussetzungen Einwendungen. Einwendungen aber sind Prozesshandlungen. Dieser Begriff ist nun allerdings in der Literatur sehr schwankend, indem er einerseits zu eng,[1]) andrerseits aber gar zu weit aufgefasst wird.[2]) Den Mittelweg einschlagend glauben wir „Prozesshandlung" definieren zu können als: „Jede Handlung des Beklagten, durch die er kundgibt, dass er den unantastbaren Bestand des klägerischen Rechts leugne".[3])

Gemäss § 388 B. G. B. ist nun die Aufrechnung anerkanntermassen in erster Linie materielles Rechtsgeschäft,[4]) worunter zu verstehen sind Willenserklärungen, die auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sind.[5]) Im Prozesse nun kommt die Aufrechnung vor entweder als Berufung auf die bereits aussergerichtlich abgegebene Aufrechnungserklärung, oder es erfolgt die Aufrechnungserklärung erst im Prozesse selbst. Im ersten Falle herrscht kein Zweifel, dass es sich dann lediglich nur noch um eine Prozesshandlung handelt, das materiellrechtliche Rechtsgeschäft liegt früher und ausserhalb des Prozesses. — Hinsichtlich der erst im Prozesse selbst abgegebenen Aufrechnungserklärung aber hat man behauptet, dass diese keinen anderen Charakter haben könne, als eine ausserhalb des Prozesses erfolgte Aufrechnung. Die Erklärung könne dadurch, dass sie im Prozesse erfolge, nicht zu einer

[1]) So Wach, Handbuch des Zivilpr. S. 576, der Prozesshandlungen als „die in das Zivilrechtspflegeverfahren fallenden, von seinem Zwecke ergriffenen, ihm dienenden rechtserheblichen Handlungen" fasst.

[2]) So von Weismann: Prozesshandlung sei eine jede auf Eröffnung, Fortentwickelung und Endigung des Prozesses gerichtete Handlung," vgl. Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 26, S. 18.

[3]) Vgl. Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 29, S. 23. Abraham a. a. O. S. 34.

[4]) Dies wird zwar von Lippmann bestritten, vgl. in Iherings Jahrbüchern Bd. 32, S. 218 ff. Er sagt: Die Aufrechnungserklärung sei Leistungsverweigerung und zwangsweise Befriedigung. Dies bilde keinen rechtsgeschäftlichen Inhalt. Zwang sei niemals Rechtsgeschäft. — Welchen Charakter aber dann die aussergerichtliche Aufrechnungserklärung haben solle, bleibt dunkel. —

[5]) Dernburg, Pandekten 3. Aufl. S. 215.

Prozesshandlung werden.[1]) Rechtsgeschäft sei niemals Prozesshandlung. Prozesshandlung sei eben nur der auf die bereits vollzogene Aufrechnung gestützte Einwand. Begrifflich sei daher nur eine Ausschlusswirkung des Urteils gegenüber diesem Einwande möglich,[2]) während sie gegenüber der erst im Prozesse selbst erfolgenden Aufrechnungserklärung unter Umständen nicht durchschlagen könne, da dass Urteil anerkanntermassen eben nur Prozesshandlungen präkludieren kann.

Zur Begründung wird angeführt: Der Prozess wolle kein Recht schaffen, sondern er deklariere nur einen bestehenden Rechtszustand. Demgemäss könnten auch die dem Prozesszweck dienenden Handlungen gleichfalls nur deklarativ sein und hierin ergebe sich ein Unterschied von den konstitutiv wirkenden Rechtsgeschäften.[3]) Dieser Schlussfolgerung kann nicht beigetreten werden. Zwar hat das Urteil, wie wir oben gesehen haben, grundsätzlich einen deklaratorischen Charakter, insofern, als es den bei Schluss der letzten mündlichen Verhandlung feststehenden Rechtszustand verkündet. Es lässt sich aber nicht erklären, warum es aus diesem Grunde den Parteien benommen sein sollte, bis zu diesem Zeitpunkt im Rahmen des Rechtsstreits die Rechtslage weiter zu entwickeln. Auch solche Dispositionsakte, wie eben beispielsweise die Aufrechnungserklärung im Prozesse, müssen Prozesshandlungen sein können.[4]) Denn zunächst ist das Vorbringen der zur Begründung der Aufrechnung erforderlichen tatsächlichen Behauptungen jedenfalls Prozesshandlung. Dieses Vorbringen bezweckt aber in Verbindung mit der Aufrechnungserklärung selbst, die Abweisung der Klage herbeizuführen, und so ist auch die im Prozesse abgegebene Aufrechnungserklärung Prozesshandlung.[5])

[1]) So Siber a. a. O. S. 112. Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 243. —

[2]) So Planck, Komm. zum B. G. B., Bd. 2, Anm. 2 zu § 388.

[3]) Vgl. Hellwig, Anspruch S. 211.

[4]) Vgl. R. G. in J. W. 1901, S. 495. Wach, Jahrb. des Zivilprozesses S. 576 ff.

[5]) Schollmeyer, Recht der Schuldv. Anm. 2. zu § 388.

Dies darf aber nicht dahin führen, der Aufrechnungserklärung im Prozesse nur den Charakter einer Prozesshandlung geben zu wollen.[1]) In der im Prozesse abgegebenen Erklärung liegt vielmehr ein Doppeltes, einmal das zivilrechtliche Rechtsgeschäft, gerichtet auf Aufhebung des klägerischen Rechts, wobei es für Wesen und Wirkung dieser Erklärung vollkommen gleichgültig bleibt, dass ihre Abgabe im Prozesse erfolgt, andrerseits aber eine Prozesshandlung, nämlich das Vorbringen einer rechtsverneinenden Einwendung.

Nicht nur die Berufung auf eine bereits aussergerichtlich abgegebene Aufrechnungserklärung, sondern auch die Erklärung im Prozesse selbst enthält also begrifflich eine Prozesshandlung, die zugleich eine „Einwendung" im Sinne der Z. P. O. ist. In beiden Fällen äussert demgemäss das vollstreckbare bzw. rechtskräftige Urteil seine Ausschlusswirkung, so dass die Möglichkeit einer nachträglichen Geltendmachung der versäumten Aufrechnung nur nach Massgabe des § 767 Z. P. O. und unter den in dieser Vollstreckungsgegenklage geforderten Beschränkungen gegeben ist.

Anwendbar aber lässt die Vollstreckungsgegenklage zunächst nur solche Einwendungen sein, welche „den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen", im Gegensatz beispielsweise zu einer nach dem § 766 Z. P. O. zugelassenen Einwendung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung. So zweifellos es nun auch erscheint, dass die Aufrechnung zu der ersten Gruppe der Einwendungen zählt, ein Schriftsteller[2]) hat dies doch in Abrede gestellt, auf Grund der Behauptung, dass nur die konnexe Gegenforderung zu einem gegen den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst gerichteten Einwande benützt werden könne. Diese Ansicht ist aber absolut unrichtig, weshalb sie auch vereinzelt dasteht in der ganzen übrigen

---

[1]) So: Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 24. S. 17. Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 43, S. 435 ff. Wach, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 27, S. 14.

[2]) Siebenhaar a. a. O. zu § 686, S. 639.

Literatur.[1]) Nicht rechtlicher Zusammenhang hinsichtlich des Entstehungsgrundes der Aufrechnung ist erforderlich, sondern hinsichtlich der Wirkung. Der Klageanspruch aber wird durch die Kompensation getilgt und durch das Vorbringen dieser Tatsache ebenso betroffen, wie durch den Einwand der Zahlung.[2]) Die Aufrechnung ist also ihrem Wesen nach jedenfalls durchaus eine nach § 767 Z. P. O. im Wege der Klage geltend zu machende Einwendung betreffend den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst.

§ 8.

Die Aufrechnungsmöglichkeit als massgebender Zeitpunkt für die Entstehung des Grundes der Einwendung.

Dafür sprechen verschiedene Momente.

I. Der Wortlaut der Gesetzesbestimmung.

Die Zulässigkeit der Einwendungen in der Vollstreckungsgegenklage ist sehr eingeschränkt durch die weitere Bestimmung des § 767, Abs. 2 Z. P. O., der zur Bedingung macht, „dass die Gründe auf denen die Einwendungen beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen .... spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch[3]) nicht mehr geltend gemacht werden können.“[4]) Dieser für die Entstehung massgebende Zeitpunkt ist ge-

[1]) Vgl. besonders: Wilmowsky-Levy, Komm. zu § 686, Struckmann-Koch, Komm. ebenda.

[2]) Ausserdem übersieht Siebenhaar, indem er Konnexität für erforderlich hält, dass, wie bereits gesagt, mit dem Ausdruck: Einwendungen gegen den „durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst“ nur der Gegensatz zu den Einwendungen gegen die Vollstreckungsklausel und den formellen Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung hat zum Ausdruck gebracht werden sollen. —

[3]) Hiermit ist an den Fall gedacht, wo es sich um ein Versäumnisurteil handelt. Hinsichtlich dieses muss (anders bei Vollstreckungsbefehlen § 796, Abs. 2 Z. P. O.) die Einspruchsfrist bereits abgelaufen sein. Denn nach der in der Literatur herrschenden Meinung kommt es nur darauf an, ob zur Zeit der Klageerhebung der Einspruch noch zulässig ist, nicht aber darauf, ob die Einwendung durch Einspruch hätte geltend gemacht werden können; so auch Weismann, Lehrbuch II, S. 100 und Gaupp-Stein Anm. IId zu § 767, der die Fassung „geltend gemacht werden können“ als bewusste Abweichung von § 579 Abs. 2 Z. P. O. betont.

mäss § 278 Abs. 1 Z. P. O. der Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, da für die sachlichen Grundlagen des richterlichen Urteils schlechterdings kein anderer Zeitpunkt massgebend sein kann, als der Schluss dieser mündlichen Verhandlung. Ist das Urteil aber in der Revisionsinstanz erlassen, so ist diejenige mündliche Verhandlung massgebend, auf welche das Berufungsurteil ergangen ist, weil in der Revisionsinstanz neues tatsächliches Vorbringen nicht mehr am Platze ist.

Nach vorangegangener Untersuchung in jedem einzelnen Falle, ob die Gründe, auf denen die Einwendung der Aufrechnung beruht, vor oder nach diesem massgebenden Zeitpunkt entstanden sind, wäre die Frage nach der Zulässigkeit einer nachträglichen Aufrechnung jedesmal sofort zu beantworten, wenn man sich darüber einig sein würde, was als Grund der Einwendung der Aufrechnung anzusehen ist. Darüber bestehen aber auseinandergehende Ansichten, indem einerseits lediglich die Aufrechnungserklärung als Grund der Einwendung angesehen wird,[1]) andererseits aber

---

A. M. das Reichsgericht Entsch. Bd. 40, S. 352, welches aber die Unzulässigkeit der Klage auf die vor Zustellung des Versäumnisurteils entstandenen Einreden beschränkt, was als vollkommen willkürlich erscheinen muss. (Vgl. § 576 Abs. 2 Z. P. O. und die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten Entsch. d. R. G., Bd. 55, S. 187 f.

[4]) Im Entwurf befanden sich hinter Einspruch noch die Worte „oder Berufung". In der Kommission wurden sie aber gestrichen, weil die Sache sich viel einfacher gestalte, wenn die betreffende Einwendung von dem Prozessgericht 1. Instanz benützt werden könnte, als wenn lediglich dieser Einwendung wegen Berufung eingelegt, somit eine neue Instanz beschritten und neue Anwälte genommen werden müssten. (Prot. 360.)

[1]) So von: Planck, Bem. 4 zu § 389 B. G. B.
Staudinger, Anm. 5 zu § 389 B. G. B.
Struckmann-Koch, Anm. 3 zu § 767 Z. P. O.
Schollmeyer, Note 2 Abs. 2 zu § 389 B. G. B.
Weismann, Lehrb. II, S. 100 u. Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 26, S. 24.
Endemann, Lehrbuch zum B. G. B., S. 840, Anm. 3.
Hellmann, Krit. Vierteljahrsschr., Bd. 40, S. 102.
Könnemann, Posener Monatsschr., Bd. 3, S. 33 ff.
Wilmowsky-Levy, Anm. 7 zu § 686 Z. P. O.
Leonhard, a. a. O. S. 156.
Siber, a. a. O. S. 115.
Förtsch, bei Gruchot, Bd. 42, S. 229, Anm. 2.
Betzinger, Badische Rechtspraxis, 66. Jahrg., S. 155.

auf die Entstehung der Aufrechnungsmöglichkeit zurückgegangen wird und der Zeitpunkt ihres Eintretens für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Aufrechnungseinwandes für ausschlaggebend erachtet wird.[1]) Was nun zunächst den Fall betrifft, dass der Schuldner Gegenklage erhebt und in ihr aufrechnet, so hat, wie wir gesehen haben, diese eine Handlung zwar einen doppelten Charakter, sie ist ziviles Rechtsgeschäft und Prozesshandlung. Trotzdem aber ist es nicht angängig zu sagen, in diesem Vorgange liegt zunächst die materielle Erklärung der Aufrechnung und auf sie stützt sich die ihr logisch folgende Einrede der Aufrechnung, die prozessuale Einwendung, dass die Aufrechrechnung vollzogen sei.[2])

Der praktische Erfolg der Richtigkeit dieser Ansicht für unsere Frage wäre der, dass der prozessuale Aufrechnungseinwand zeitlich dem zivilrechtlichen Rechtsgeschäfte der Aufrechnungserklärung nachfolgte und dass auch dann für diesen Fall dieselbe Streitfrage zu erörtern wäre, wie bei Berufung auf eine bereits aussergerichtlich abgegebene Aufrechnungserklärung hinsichtlich des Entstehens des Grundes, auf dem die Einwendung beruht.

---

[1]) So insbesondere in konstanter Rechtsprechung das Reichsgericht in:
J. W. 94, S. 120, Nr. 12,
J. W. 02, S. 531,
J. W. 04, S. 96, Nr. 23,
ferner überhaupt die Praxis:
O. L. G. Dresden, Sächs. Archiv Bd. VII, S. 577, VIII, S. 765,
O. L. G. Naumburg in Nbg. Zeitung 03, 69,
und schliesslich bedeutende Männer der Wissenschaft:
Gaupp-Stein, Komm., Bem. IIb, Abs. 1 zu § 767.
Eccius, bei Gruchot, Bd. 42, S. 255 ff.
Seuffert, Komm. Anm. 3b zu § 767.
Sydow-Busch, Komm. Anm. 6 zu § 767.
Örtmann, a. a. O. S. 247,
Falkmann, a. a. O. S. 103; im Ergebnis auch
Hellwig, Anspruch S. 20.

[2]) So besonders:
Planck, Komm. z. B. G. B. Nr. 1 zu § 388.
Förtsch bei Gruchot, Bd. 42, S. 227 f.
Neumann, Handausgabe des B. G. B., Bd. I, Anm. 5, zu § 388: „im Prozesse wird lediglich die erfolgte Aufrechnung geltend gemacht."

Diese zeitliche Spaltung der im Prozesse selbst erfolgenden Aufrechnung aber kann[1]) nicht aufrecht erhalten werden. Die Geltendmachung der Aufrechnung im Prozesse ist ein einheitlicher Akt, der nur die doppelte Natur des zivilen Rechtsgeschäftes der Aufrechnung und der prozessualen Kompensationseinrede in sich birgt. Weil die prozessuale Erhebung der Einrede zugleich die zivilrechtlich wirksame Aufrechnungserklärung in sich schliesst, kann auch die Wirkung der Schuldtilgung der Erhebung der Einrede nicht vorhergehen, sondern muss mit ihr zusammenfallen, wie auch das Reichsgericht[2]) annimmt. Die Aufrechnungserklärung im Prozesse abgegeben ist selbst die Einrede der Aufrechnung,[3]) ist die Einwendung, die das Nichtmehrbestehen der Forderungen zur Geltung bringt. Eine theoretische Spaltung dieses an sich einheitlichen Vorganges ist nicht am Platze. Die Aufrechnungserklärung ist also zugleich der Einwand der Aufrechnung, und da die Aufrechnungserklärung in ihrer Wirksamkeit durch das Vorhandensein der Aufrechnungsmöglichkeit bedingt ist, ist für die Einwendung der Aufrechnung in diesem Falle zweifellos auch die Aufrechnungsmöglichkeit die massgebende Grundlage und der Zeitpunkt ihrer Entstehung massgebend für Ausschluss oder nachträgliche Geltendmachung der versäumten Aufrechnung im Wege der Gegenklage. Die entgegengesetzte Ansicht, auf Grund deren in diesem Falle der Zeitpunkt der Abgabe der Aufrechnungserklärung für ausschlaggebend erachtet wird, ist daher zurückzuweisen.

Anders liegt der Fall freilich, wenn aussergerichtlich aufgerechnet und nachher die Vollstreckungsgegenklage erhoben wird. Wer sich im Prozesse auf eine bereits aussergerichtlich vollzogene Aufrechnung beruft, macht das Erloschensein der in Rede stehenden Forderung geltend, er bringt eine „Einredetatsache“ im zivilprozessualen Sinne vor. Die Obligation sei bereits getilgt, das Begehren des Klägers deshalb ungerechtfertigt. Wir können demnach

[1]) Trotz ihrer Erwähnung im § 529, Abs. 3 Z. P. O. —

[2]) Vgl. J. W. 1902, S. 532.

[3]) So auch Gaupp-Stein, Komm., Anm. IIb zu § 767.

allerdings nicht umhin, als Grund für die Einwendung den Akt zu bezeichnen, welcher den Anspruch des Klägers vernichtet hat, nämlich die Aufrechnungserklärung, ebenso wie derjenige, welcher die Einrede der Zahlung erhebt, sich auf die geschehene Tilgung der Schuld stützt. Denn die Aufrechnung ist ein Erfüllungssurrogat. Das ist zweifelsfrei und von einigen Autoren in dem Sinne verwertet worden, dass sie die Kompensationseinrede dann für zulässig erachten, wenn die Vollziehung der aussergerichtlichen Aufrechnung durch eine nach dem gemäss § 767 Z. P. O. massgebenden Zeitpunkt abgegebene Erklärung vorgenommen worden ist.

Trotzdem findet u. E. die uns beschäftigende Frage durch diese Erwägung noch nicht ihre Erledigung. Denn es ist zu beachten, dass die Aufrechnungserklärung ihrerseits wieder bedingt ist durch einen schon vorher bestehenden Zustand der Aufrechnungsmöglichkeit der beiden Forderungen. Dieser Zustand wirkt zwar nicht, wie Enneccerus[1]) und früher auch Endemann[2]) meinen, in der Weise, dass die beiden Forderungen in dem Zeitpunkt ihres gegenseitigen aufrechenbaren Gegenübertretens kraft Gesetzes getilgt würden, so dass die Aufrechnungserklärung überhaupt keine Rechtsfolgen schaffe, sondern lediglich nur deklarativen Charakter habe. Wäre die Aufrechnungserklärung in der Tat nur ein deklarativer Hinweis auf die bereits eingetretene gegenseitige Tilgung, so müsste sie ohne Zweifel, wie jeder andere Einwand, gemäss § 767 Z. P. O. präkludiert sein, wenn der Schuldner sie bereits im Laufe des Prozesses abzugeben vermocht hätte. Diese Ansicht aber, die sich in offenbaren Widerspruch zu dem Wortlaut des Gesetzes stellt (vgl. § 389 B. G. B.), kann nicht zugrunde gelegt und muss unbedingt verworfen werden.[3])

Die Aufrechnungsmöglichkeit erzeugt ferner nach

[1]) Siehe a. a. O. Bd. I, S. 744.

[2]) Vgl. Lehrbuch Bd. I, 2, 9. Aufl., S. 824, Anm. 19, wo er erklärt, dass er diesen seinen früheren Standpunkt nicht mehr aufrecht erhalte. —

[3]) Vgl. Eck, Jur. Lit. Blatt 1898, S. 43, auch Lippmann in Iherings Jahrb. 43, S. 435.

herrschender Meinung auch keine Einrede im Sinne des B. G. B., wie Hellwig[1]) behauptet, denn eine solche fasst die herrschende Meinung nur als ein „Leistungsverweigerungsrecht".[2]) Die Einrede hemmt nur die Durchführung des Anspruchs. Hellwig aber lässt den Einredebegriff darauf nicht beschränkt sein, indem er sagt, der Schuldner hebt durch die Verweigerungserklärung den Anspruch auf, und zwar so, dass es nach der Geltendmachung der Einrede so anzusehen wäre, als ob die Forderung rechtlich nie bestanden hätte. Mache der Schuldner durch Vorschützung der Einrede von dem zur Zeit des Prozesses möglichen Aufrechnungseinwande keinen Gebrauch, so sei er damit präkludiert. Die Feststellung des Schuldverhältnisses im Urteil sei jetzt voll wirksam und einredefrei. Das einer materiellen Einrede gleichstehende Recht der Aufrechnung könne, im Prozesse versäumt, wie jede andere Einrede infolge der durch das Urteil eingetretenen Präklusion nicht mehr nachgeholt werden. Auch diese Ansicht Hellwigs können wir uns bei der Frage nach der Möglichkeit einer nachträglichen Aufrechnung in der Vollstreckungsinstanz nicht zu eigen machen. Von einer eingehenderen Widerlegung der Grundlagen seiner Ansicht muss hier allerdings Abstand genommen werden.[3])

Die Aufrechnungssituation erzeugt, wie die herrschende Meinung und auch die Motive[4]) annehmen, keine Einrede,

---

[1]) In seinem Anspruch und Klagerecht, vgl. daselbst seine Ausführungen S. 9 u. 10 und S. 19 ff.

[2]) Vgl. oben S. 33, Anm. 1.

[3]) Die Anführung einiger Einzelheiten, die bei Annahme des Hellwig'schen Standpunktes unaufgeklärt bleiben müssen, genügt, um zu zeigen, dass zwischen der Ansicht Hellwigs und den vom B. G. B. vertretenen Prinzipien ein Zwiespalt besteht. Nach der Hellwig'schen Theorie könnte zunächst ein Unterschied zwischen Aufhebung der Forderung und Leistungsverweigerung, welche Begriffe von § 853 B. G. B. gegensätzlich einander gegenübergestellt werden, gar nicht gefunden werden. Auch würde vom Standpunkte Hellwigs die Fassung des § 813 Abs. 1 B. G. B. nicht zu verstehen sein; denn vor der Geltendmachung der Einrede würde auf eine bestehende Schuld gezahlt; eine nachträgliche „Leistungsverweigerung" aber da, wo überhaupt keine Schuld mehr besteht, wäre doch etwas ganz Sonderbares.

[4]) Motive z. d. Entw. eines B. G. B., Bd. II, S. 107.

denn die materiellrechtliche Einrede hemmt nur die Durchsetzung des einredebehafteten Anspruchs, sie vernichtet ihn nicht.

Und trotzdem ist das Vorhandensein der Aufrechnungsmöglichkeit nicht ohne Bedeutung. Wer die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend macht, macht Gebrauch von dem Bestehen eines Zustandes, eines sogenannten „Schwebezustandes",[1]) der äusserlich nicht erkennbar, schon mit dem Zeitpunkt ins Leben trat, in dem sich die beiden Forderungen als zur Aufrechnung geeignet einander gegenübertraten. Man darf nicht in erheblicher Überschätzung der Bedeutung der Kompensationserklärung wie Schollmeyer[2]) sagen: „Tilgungsgrund ist die Aufrechnungserklärung, nicht das Gegenüberstehen der Forderungen". Denn dann müsste man in jedem Falle durch die einfache Erklärung: „Ich rechne auf" zwei ganz beliebige Forderungen zum Erlöschen bringen können, ohne dass im einzelnen die materiellen Voraussetzungen zur Aufrechnung vorliegen. Eine offenbare Unrichtigkeit ist ferner die Behauptung Staudingers,[3]) dass „das B. G. B. überhaupt nur Wirkungen der erklärten Aufrechnung kennt". Man denke nur an die §§ 770, 1137 und 1211 B. G. B., sowie § 129, Abs. 2 H. G. B., die dem Umstande, dass sich zwei Forderungen aufrechenbar gegenüberstehen, eine weitgehende Bedeutung beimessen. — Unbedingt liegt in diesem Zustande bereits, — und dies muss für unseren Zweck als besonders wesentlich betont werden —, der ureigentlichste Keim für die Vernichtung der Forderungen. Dem entspricht auch die der Aufrechnung durch das Gesetz beigelegte Wirkung eigentümlicher Art, ihre rückwirkende Kraft, die sonst gar nicht zu verstehen wäre. Die diese Wirkung aussprechende Bestimmung des § 389 B. G. B. beweist, dass schon im Zeitpunkt des aufrechenbaren Gegenübertretens der beiden Forderungen „eine rechtliche Gebundenheit"[4]) derselben

[1]) Cosack, Lehrbuch des B. G. B. Bd. I, S. 383.
[2]) Recht der Schuldv. Vorbem. zu § 387, S. 327.
[3]) Komm. z. B. G. B. Bd. II, Anm. 1 zu § 389.
[4]) Endemann, Lehrb. d. B. G. B. Bd. I, S. 824.

besteht. Die nunmehr erfolgende Aufrechnungserklärung ist lediglich nur als ein solches Moment anzusehen, durch welches der schon vorhandene aufrechenbare Zustand für das Schicksal der beiden Forderungen Bedeutung und für die Aussenwelt erkennbare Wirksamkeit gewinnt; der Zustand wirkt unter der Bedingung des Hinzukommens der Aufrechnungserklärung. Die Aufrechenbarkeit — kann man sagen — bildet ihrerseits den Grund, auf dem sich die Aufrechnungserklärung aufbaut. Unrichtig ist es deshalb zu sagen, dass bei der Aufrechnung zweier Forderungen, die bereits vor dem nach obiger Ausführung massgebenden Zeitpunkt statthaft war, jedoch erst später erfolgte, ein Grund, nämlich die Aufrechnungsfähigkeit, bereits vor dem entscheidenden Termine dagewesen, nur der andere, die Aufrechnungserklärung, erst nachher entstanden sei;[1]) denn diese beiden Gründe sind, wie bereits hervorgehoben worden, nicht koordiniert,[2]) sondern subordiniert. Wer sich in einer Vollstreckungsgegenklage auf eine bereits vollzogene aussergerichtliche Aufrechnung beruft, stützt sich zwar auf die das Erlöschen bewirkt habende Erklärung, aber nicht diese, d. h. nicht diese allein, bildet den Grund für die geltend gemachte Einwendung, sondern diese Einwendung der vollzogenen Aufrechnung hat ihren letzten Grund in der Aufrechenbarkeit der Gegenforderung.[3]) — Um diese eigentümliche Erscheinung aus ihrem ureigensten Wesen heraus zu verstehen, muss man die Tatsache beachten, dass die Aufrechnung zu denjenigen Einreden gehört, für deren Wirkung zu dem Objektivmaterial noch ein Subjektivakt, nämlich die Erklärung des Aufrechnungsberechtigten, hinzutreten[4])

---

[1]) So Abraham a. a. O. S. 28.

[2]) Auf Grund dieser Ausführungen müsste Abraham gerade zu dem entgegengesetzten Resultat kommen, nämlich zur Zulässigkeit der Einwendung; denn wenn erst ein Grund vor Erlass des Urteils da war, so waren eben nicht alle Voraussetzungen gegeben, mithin dürfte keine Präklusion stattfinden. (So auch Leonhard, a. a. O. S. 156).

[3]) Auch Örtmann a. a. O. S. 247 bezeichnet die Aufrechnungsmöglichkeit als den „eigentlichen Grund" des Erlöschens der Forderungen.

[4]) Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 20, S. 17.

muss. Für die Frage nach dem „Grunde" der geltend gemachten Einwendung aber kann nicht entscheidend sein, wann der vom Willen des Berechtigten abhängige Subjektivakt eingetreten ist, sondern es sind die objektiv gegebenen Umstände, welche die Bedingung für die Wirksamkeit des eintretenden Subjektivaktes bilden, massgebend. Die Sache liegt ebenso, wie bezüglich der Anfechtungseinrede. Auch sie ist unzulässig, sofern der Beklagte nicht gehindert war, sie schon vor dem massgebenden Zeitpunkt geltend zu machen. Der Zeitpunkt der Anfechtungserklärung ist gleichgültig. Darauf allein kommt es an, in welchem Zeitpunkt die objektiven Voraussetzungen, der Anfechtungsgrund, zur Entstehung gekommen ist. Dies gibt auch Weismann[1]) zu, der jedoch dieselbe Konsequenz für die Aufrechnungserklärung leugnet, aus dem Grunde, weil, wie er sagt, mit der Geltendmachung des Anfechtungsgrundes das Geschäft als von Anfang an nichtig anzusehen sei, während bei der Aufrechnung die Tilgung der Forderungen erst mit der Aufrechnungserklärung eintrete und die Forderungen auch erst in dem Zeitpunkt als erloschen gelten, in dem sie sich als zur Aufrechnung geeignet einander gegenübertraten. Diese Begründung Weismanns für die Verschiedenheit der beiden Fälle ist nicht recht verständlich. Denn wesentlich ist in beiden Fällen nicht der Zeitpunkt, mit dem infolge der Erklärung, sowohl der Anfechtung wie der Aufrechnung, etwas bisher Bestehendes beseitigt wird, — dieser liegt allerdings bei der Anfechtung sozusagen weiter zurück, da von Anfang an das Geschäft als nicht vorhanden gilt, während bei der Aufrechnung die Forderungen erst in dem Zeitpunkt als erloschen gelten, in dem sie sich zur Aufrechnung geeignet einander gegenübertraten, — sondern dass tatsächlich in beiden Fällen überhaupt ein bereits vor der Erklärung liegendes Moment, der Anfechtungsgrund bzw. die Aufrechnungsmöglichkeit, von Bedeutung wird, so dass der Erklärung ihr allein massgebender Einfluss genommen und eine rückwärts wirkende Kraft derselben bedingt wird.

[1]) Vgl. Lehrbuch Bd. II, S. 99.

Nach alledem ist also u. E. mit der Praxis und den oben[1]) genannten Schriftstellern die Aufrechnungsmöglichkeit als Grund des Einwandes der Aufrechnung im Sinne des § 767, Abs. 2 Z. P. O. zu bezeichnen, woraus folgt, dass ein nachträgliches Vorbringen der Aufrechnungseinrede in der Exekutionsinstanz dann unstatthaft ist, wenn die beiden Forderungen sich bereits vor Schluss der letzten mündlichen Verhandlung zur Aufrechnung geeignet gegenüberstanden. Diese Ansicht muss aus der Fassung des § 767, der offenbar nur die Einreden zulassen will, die der Schuldner nicht geltend machen konnte, herausgelesen werden, und ihr gegenüber ist die gegenteilige Ansicht, dass der Aufrechnungseinwand in der Vollstreckungsgegenklage dann noch statthaft sei, wenn nur die Erklärung nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung abgegeben sei, mit Gaupp-Stein[2]) als ein „mehr als ungesunder Formalismus" zu bezeichnen, insofern dem Schuldner nachträglich in der Exekutionsinstanz die Geltendmachung der Aufrechnung gestattet wird, die er früher nur deshalb nicht geltend machen konnte, weil er nicht wollte.

Andrerseits jedoch macht es hierbei auch keinen Unterschied, ob das Bestehen dieser objektiven Voraussetzungen der Schuldner zu jener Zeit etwa aus Fahrlässigkeit übersehen hat, oder ob er überhaupt gar keine Kenntnis davon hatte.[3]) Nach den heutigen Bestimmungen der Zivilprozessordnung ist lediglich[4]) nur das objektive Bestehen der Voraussetzungen massgebend. Auf mangelnde Information des Berechtigten kann die Vollstreckungsgegenklage nicht gestützt werden,[5]) nur dem steht sie zur

---

[1]) Vgl. S. 40, Anm. 1.

[2]) Vgl. Komm. Anm. IIb zu § 767.

[3]) In dieser Ausdehnung kann neues Vorbringen nur in den Formen und unter den Voraussetzungen der Restitutionsklage gestattet werden. (Vgl. Hahn, Begründ. d. Entw. d. Z. P. O. S. 409.)

[4]) — entgegen dem erwähnten § 6 der preuss. Verordnung vom 4. März 1834 —

[5]) So auch: R. G. v. 13. 2. 94. J. W. S. 120 Nr. 12.
Seuffert, Komm. Anm. 3a zu § 767.
Weismann, Lehrb. II, S. 100.

Hand, dem wirklich erst nachträglich Verteidigungsmittel erwachsen sind. —

Dem entspricht auch

II. Der Sinn und Zweck dieser gesetzlichen Bestimmung.

Bei Auslegung derselben muss man in Betracht ziehen, dass der Gläubiger, gegen den sich die Klage richtet, einen durch Urteil festgestellten Anspruch hat, dass es sich um Einwendungen in der Zwangsvollstreckung handelt. Nur ungern aber gefährdet man die Energie der Vollstreckung. Sowohl das Erfordernis, dass diese Einwendungen in der Form der Klage erhoben werden müssen, als auch die im Abs. 2 des Paragraphen ausgesprochene Beschränkung bezüglich des Zeitpunktes der Entstehung, sowie schliesslich die Notwendigkeit der Kumulierung aller zeitig vorhandenen Einwendungen in einer Klage gemäss Abs. 3 beruhen auf dieser Auffassung.[1]) Es soll eventuellen, durch chikanöses Handeln des Schuldners hervorgerufenen Verzögerungen möglichst entgegengetreten werden im Interesse eines schnellen und zielbewussten Fortgangs der Zwangsvollstreckung und deshalb dem Schuldner die Möglichkeit entzogen sein, die Verwirklichung der Vollstreckung durch nachträgliches, bereits zur Zeit des Prozesses möglich gewesenes Vorbringen von materiellen Einwendungen hinzuhalten. Zwar behauptet Leonhard,[2]) dass praktische Bedenken nicht vorliegen, insofern der Schuldner ohnedies ein erhebliches Interesse daran hat, die Aufrechnung, um den Umweg der Vollstreckungsgegenklage zu vermeiden, schon im Laufe des Rechtsstreits vorzubringen. Diese Behauptung ist jedoch unrichtig. Dasselbe könnte man mit gleichem Recht von allen Einwendungen sagen, zu dem wäre dann auch der ganze § 767 Abs. 2 Z.P.O. eigentlich überflüssig. Durch die in demselben gegebene Vorschrift ist stillschweigend demselben Prinzip gehuldigt, das wir im § 65 der Einleitung der allgemeinen Gerichts-

[1]) Vgl. auch das Reichsgericht in J. W. 1904 S. 96, Nr. 23, ferner die Begründung des Entwurfs der Z. P. O. S. 406—410 bei Hahn, die gesamten Materialien S. 437, Protokolle der Kommission bei Hahn, S. 818.

[2]) Vgl. a. a. O. S. 156.

ordnung ausdrücklich ausgesprochen finden, „dass nämlich die Ruhe und Ordnung der bürgerlichen Gesellschaft es nicht gestatte, dass die Prozesse verewigt und die vom Richter nach gesetzmässiger Untersuchung anerkannten und festgestellten Rechte der Parteien unter irgend einem Vorwande weiter angefochten werden". — Mit Recht ist auch in der heutigen Literatur dies Moment stets besonders hervorgehoben worden.[1]) Denn in der Tat hindert den Beklagten nichts, eine aufrechenbare Gegenforderung schon im Prozesse der klägerischen Forderung entgegenzusetzen und so von vornherein die Abweisung der Klage zu erreichen. Es wäre der Gipfel der Prozesschikane, wenn der Schuldner sich erst verurteilen lassen könnte und nachher erst die Aufrechnung einer Forderung der Vollstreckung gegenüber geltend machen dürfte, nur eben aus dem Grunde, weil er es so beliebt. Auch der Staat hat ein Interesse daran, dass nicht das Gericht, nachdem die Verhandlung einmal geschlossen ist, zur nochmaligen Aufnahme des Rechtsstreits durch eine aus unberechtigten Gründen statuierte Erhebung der Vollstreckungsgegenklage genötigt werde.

Man halte uns nicht entgegen, dass infolge der Präklusion des Aufrechnungseinwandes ein materiell unrichtiges[2]) Urteil zur Vollstreckung gelange.[3]) Denn mit dieser Möglichkeit rechnet der § 767 sehr wohl, so z. B. in dem Falle, wenn die Schuld schon in oder vor dem Prozesse beglichen ist, Beklagter es jedoch unterlassen hat, darauf im Prozesse hinzuweisen. Auch hier muss sich der Schuldner die Vollstreckung gefallen lassen, obwohl materiell die Schuld gar nicht mehr besteht. Eine solche Möglichkeit erscheint gegenüber der Gefahr endloser Prozessverschleppung als das geringere Übel und enthält gegenüber

---

[1]) Vgl.: R. G. vom 13. VIII. 02. J. W. S. 531.
R. G. vom 3. XI. 98, J. W. S. 660 Nr. 14.
Hellwig, Anspruch S. 20 u. 407. —

[2]) Wir gehen, wie oben dargelegt, davon aus, dass die Aufrechnungserklärung zivilistisch wirksam und nur prozessual wirkungslos sei. —

[3]) So Kohler, Ges. Beiträge S. 468.

dem Schuldner insofern keine Ungerechtigkeit, als gemäss der unser Prozesssystem beherrschenden Verhandlungsmaxime lediglich die Parteien durch Herbeischaffung des Prozessstoffes die Grundlage für das richterliche Erkenntnis bedingen und somit selbst die Verantwortlichkeit für den Ausgang des Prozesses tragen. Andrerseits bezieht sich auch die Abschneidung des bis zur letzten mündlichen Verhandlung nicht vorgebrachten Aufrechnungseinwandes, der auf ein selbständiges, der klageweisen Geltendmachung fähiges Gegenrecht gestützt ist, nur auf ihre Wirksamkeit gegenüber der durch das Urteil festgelegten Rechtsfolge. Das Gegenrecht an sich bleibt als ein selbständiges Recht unberührt,[1]) so dass in einem solchen Falle der Schuldner, der von der Klage aus § 767 keinen Gebrauch machen kann, eine Bereicherungsklage[2]) im Gerichtsstande des Gläubigers[3]) wird erheben können.[4]) —

III. Neben der blossen Behauptung, dass der Grund für die Einwendung der Aufrechnung die Aufrechnungserklärung sei, führen endlich einzelne Gegner des von uns vertretenen Standpunktes noch ein anderes Argument ins Feld. Sie stützen sich hauptsächlich darauf, dass die Aufrechnung Erfüllungssurrogat sei, und dass es daher bei ihr nicht anders liege, als ob jetzt durch Vollzug der Auf-

---

[1]) Vgl. Gaupp-Stein Anm. VIIa[2] § 322 Komm.

[2]) Gestützt auf § 812 B. G. B. in Verbindung mit § 819 bei Kenntnis des Gläubigers von dem Mangel des rechtlichen Grundes.

[3]) Vgl. R. G. in Seufferts Archiv Bd. 44, Nr. 236, S. 375 und in J. W. von 1898 S. 506, Nr. 19.

[4]) So auch: Enneccerus-Lehmann, Lehrb. des B. G. B. S. 745, Anm. 13 und Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 20, S. 19, die von der Möglichkeit der Bereicherungsklage sprechen, aber nur in dem Falle, dass der Schuldner von der an sich zulässigen Klage aus § 767 Z. P. O. keinen Gebrauch gemacht hat. Doch ist auch die Frage nach der Zulässigkeit einer condictio indebiti in unserem Falle sehr bestritten. So erklären sie z. B. die Motive Bd. II, S. 109 und mit ihnen Planck, Dernburg u. a. mehr für unangebracht. Eine nähere Erörterung würde hier zu weit führen. Dieser Hinweis muss genügen, um Zweifel an der Haltbarkeit unserer oben vertretenen Auffassung vom Standpunkte der Gerechtigkeit aus zu zerstreuen.

rechnung gezahlt werde.[1]) Bei der Zahlung ist es gleichgültig, ob sie auch schon vor Schluss der letzten mündlichen Verhandlung hätte erfolgen können. Wird sie erst nach diesem Zeitpunkt geleistet, so beruht eben der Einwand der Zahlung auf einem Grunde, der erst nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist, und darum sei ihre Zulässigkeit in der Vollstreckungsgegenklage begründet. Dies ist eine unbestreitbare Wahrheit für die Zahlung selbst. Unrichtig ist nur die Gleichstellung derselben mit der Aufrechnung. Denn trotz vieler Ähnlichkeiten in ihren Wirkungen weisen Aufrechnung und Zahlung doch eine grosse Anzahl Verschiedenheiten auf.[2]) Zu billigen ist in dieser Beziehung zunächst die Ansicht Wachs,[3]) wonach die Zahlung im Gegensatz zur Aufrechnung keine Prozesshandlung sein kann, sondern es wird stets nur gegenüber dem trotz ihrer auf dem Angriffe beharrenden Gegner der Einwand der erfolgten Zahlung begründet. Zahlung im Prozesse ist auch nicht Verteidigung, während sich die Geltendmachung der Aufrechnung stets als Verteidigung darstellt. Demzufolge kann man also bei Versäumnis der Zahlung auch nicht mit einer Prozesshandlung präkludiert werden. Ferner ist zu beachten: Die Zahlung ist stets Befriedigung, durch sie erhält der Gläubiger, worauf sein Bestreben geht. Die Aufrechnung dagegen bekämpft; sie richtet sich gegen die Behauptung eines kondemnationsreifen Urteils, gegen die geforderte Verurteilung. Dieses, sowie der Umstand, dass der verurteilte Schuldner stets zahlen muss und nur unter besonderen Bedingungen kompensieren kann, widerlegt die Theorie des Entwurfs, dass Zahlung und Kompensation

---

[1]) So hauptsächlich:
Schollmeyer, Bem. 2 zu § 389, S. 379.
Weismann, Lehrb. II, S. 100 Anm. 15.
Förtsch bei Gruchot Bd. 42, S. 229/230 Anm. 2.

[2]) Man denke z. B. nur an den § 406 B. G. B., wo die Aufrechnung geradezu als Vereitelung der Erfüllung wirkt.

[3]) Vgl. Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 27, S. 13, ebenso auch: Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. 29, S. 31.

gleichwertige Dinge seien und jede Obligation eine Alternative auf Zahlung oder Kompensation sei.[1]) —

Als unberechtigt zurückzuweisen wäre auch die Frage, ob es nicht vielleicht auch eine Vorschubleistung gegenüber chikanösem Handeln von seiten des Schuldners bedeute, wenn die Berufung auf eine nachträglich erfolgte Zahlung für zulässig erachtet werde. Denn wollte der Beklagte den Kläger gleich befriedigen, so käme er nicht dazu, andere materielle Einwendungen geltend zu machen, da dieselben nicht berücksichtigt werden würden, sondern sogleich Verurteilung erfolgen müsste. Im Falle der Aufrechnung hingegen — und hierin liegt der Hauptunterschied zwischen der verschiedenen Behandlung des Aufrechnungs- und Zahlungseinwandes — verhält sich die Sache doch insofern anders, als dem Schuldner ein Mittel geboten ist, die Kompensationseinrede neben anderen Einreden geltend zu machen. Er kann erklären, nur für den Fall, dass die Klageforderung nicht schon aus anderen Gründen hinfällig sei, kompensiere er, ohne dabei Gefahr zu laufen, daraufhin verurteilt zu werden. Dem Schuldner steht die Möglichkeit der Eventualaufrechnung zur Seite. Ihre Zulässigkeit ist zwar von Stölzel in der Schulung für zivilistische Praxis stark in Zweifel gezogen worden, jedoch alle seine Gründe müssen als nicht stichhaltig bezeichnet werden. Zum mindesten lässt sich kein Beweis herleiten aus § 388 B. G. B., auf Grund dessen auch Förtsch[2]) die Zulässigkeit der Eventualaufrechnung negiert, und zwar zufolge einer blossen Buchstabeninterpretation, indem er erklärt, der Hauptgrund gegen die Zulassung einer unter Bestreiten der Gegenforderung erklärten Aufrechnung sei, dass § 388 eine Aufrechnung für unwirksam erklärt, die unter einer Bedingung geschehe. Übersehen wird von ihm hierbei, dass der § 388 B. G. B. nur die rechtsgeschäftlichen Bedingungen im Auge hat, während sich die Eventualaufrechnung nur als eine von einer condicio juris, nämlich dem Nichtbestehen der anderen Einreden, abhängige Auf-

[1]) Vgl. Lippmann in Iher. Jahrb. Bd. 32, S. 234 ff.

[2]) Bei Gruchot, Bd. 42, S. 230 ff.

rechnung darstellt. Wie sich aus Stölzels Ausführungen gegen die Eventualaufrechnung ergibt, krankt seine Auffassung daran, dass er nicht beachtet, ein wie grosser Unterschied es ist, ob der Kläger abgewiesen wird mangels Begründung der Klage, oder infolge der Aufrechnung. Fast einhellig hat sich deshalb auch Theorie und Praxis gegen die von Stölzel vertretene Auffassung ausgesprochen.[1]) Ein weiteres Eingehen auf diese an sich sehr interessante Frage würde uns jedoch von unserem Thema zu weit entfernen. Jedenfalls aber beweist die Heranziehung der Eventualaufrechnung und der zwischen dem Einwande der Zahlung und dem der Aufrechnung prozessrechtlich bestehende Unterschied, dass nicht aus der Zulässigkeit des Einwandes der Zahlung analog auch die Möglichkeit einer späteren Geltendmachung der Kompensationseinrede gefolgert werden kann, wenn der Grund für die Einwendung, die Aufrechenbarkeit der Gegenforderung, bereits vor dem Schlusse der massgebenden mündlichen Verhandlung bestanden hat. Auch die ins Feld geführte Analogie der Zahlung also kann dem von uns vertretenen Standpunkte in seinem rechtlichen Begründetsein keinen Einhalt tun. — Es ergibt sich demzufolge nach den vorangegangenen Ausführungen für unser heutiges Recht in Kürze folgendes Resultat:

Den Grund, auf dem die Einwendung der Aufrechnung beruht, bildet die Aufrechnungsmöglichkeit. Bestand daher die Aufrechnungslage der Forderungen bereits vor dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil erging, so ist eine nachträgliche Geltendmachung in der Zwangsvollstreckungsinstanz mittelst der Vollstreckungsgegenklage ausgeschlossen. —

[1]) Vgl. in dieser Beziehung besonders: Planck, Komm. z. B. G. B. Anm. 4 zu § 390, Staudinger, Komm. z. B. G. B. Anm. 2 zu § 388 und andere mehr.

Lebenslauf.

Geboren am 18. Juli 1884 zu Grögersdorf, Kr. Nimptsch, als Sohn des jetzt verstorbenen Gutsbesitzers Ernst Pietsch und seiner Ehefrau Selma geb. Haunschild, evangelischer Religion, besuchte ich von Ostern 1895 ab das Königliche Kaiser-Wilhelms-Gymnasium zu Strehlen i. Schl., welches ich Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife verliess.

Darauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Kiel, Berlin und Breslau und hörte die Vorlesungen folgender Herren Dozenten:

Beyerle, Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gierke, Gretener, von Halle, Hedemann, Heilborn, Hellwig, Jörs, Kleineidam, Kleinfeller, Klingmüller, Kohler, Leonhard, Pappenheim, Perels, Schlossmann, Schott, Sombart, Wagner, Wolf.

Am 21. Oktober 1907 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 21. Dezember 1907 das Rigorosum.

Als Referendar war ich zunächst dem Amtsgericht zu Strehlen überwiesen, sodann am Landgericht Breslau beschäftigt.

Gegenwärtig genüge ich meiner Militärpflicht beim 4. Niederschlesischen Infanterie-Regiment Nr. 51 zu Breslau.